Favor matrimonii und Eheungültigkeit im kanonischen und schweizerischen Recht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
eingereicht der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern, von

Peter Huber
von Grosswangen (Luz.)

1944 Buchdruckerei Willisauer Bote Willisau

Favor matrimonii und Eheungültigkeit im kanonischen und schweizerischen Recht

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0064

Favor matrimonii und Eheungültigkeit im kanonischen und schweizerischen Recht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
eingereicht der hohen juristischen Fakultät
der Universität Bern, von

Peter Huber
von Grosswangen (Luz.)

1944 Buchdruckerei Willisauer Bote Willisau

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

«Die Fakultät hat diese Arbeit am 29. Oktober 1942 auf Antrag von Herrn Professor Dr. P. Tuor als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.»

Inhaltsverzeichnis

Literatur 7

Abkürzungen 9

Vorbemerkung 11

Erster Teil

Bedeutung und Geltungsbereich des Grundsatzes im allgemeinen

A. Die kanonische Ehe als causa favorabilis

§ 1. Die Rechtsvermutungen 13

§ 2. Rechtliche Natur der kanonischen Ehe 19

§ 3. Die grundsätzliche Begünstigung der Ehe 24

§ 4. Die Auslegung eherechtlicher Bestimmungen 28

B. Die Rechtsgunst als Funktion des öffentlichen Interesses bei der Zivilehe

§ 5. Privatautonomie und öffentliches Interesse 35

§ 6. Oeffentliches Interesse und Scheidung 37

§ 7. Das Prinzip der Aufrechterhaltung 42

§ 8. Die Anwendung des Grundsatzes durch die Rechtssprechung . 43

§ 9. Die legislatorischen Massnahmen zur Aufrechterhaltung . . 47

C. Die Ergänzung der Ungültigkeitsgründe

§ 10. Hindernisse und Willensmängel 52

§ 11. Simulation und Betrug 54

Zweiter Teil

Die Verwirklichung der Rechtsgunst im einzelnen

A. Das formelle Recht

Vorbemerkung 59

§ 12. Der Einfluss der öffentlichen Interessen auf die Gestaltung der Legitimation

I. Das Klagerecht 60

II. Die Klagepflicht 75

§ 13. Die Wahrung der öffentlichen Interessen im Prozess

I. Durch öffentliche Organe in Parteistellung 77

II. Durch den Richter 88

§ 14. Nachwirkungen der Rechtsgunst im formellen Recht . . . 94

§ 15. Schlussbetrachtung zum formellen Recht 99

B. Das materielle Recht

§ 16. Die Heilbarkeit als Ausfluss der Rechtsgunst

I. Im allgemeinen 101

II. Im geltenden Recht 106

§ 17. Nachwirkungen der Rechtsgunst im materiellen Recht . . 115

§ 18. Schlussbetrachtung zum materiellen Recht 121

Rekapitulation 122

Literatur

Arndts:	Pandekten 1884
Bächtiger:	Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe nach kanonischem Recht mit Berücksichtigung des schweiz. ZGB, Diss. Freiburg 1931
Becker:	Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1917
Bierling:	Iuristische Prinzipienlehre, 1894 ff.
Briner:	Die Ehescheidungsgründe im ZivStG und im ZGB, 1911
Burckhard H.:	Die zivilistischen Präsumptionen, 1966
Burckhardt C. Ch.:	Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung im geltenden Rechte und im Departementalentwurf eines schweiz. ZGB, in ZSR NF 20, S. 269 ff.
Burckhardt W.:	1. Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 1931
	2. Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, 1925
	3. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927
Danz:	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897
Dernburg:	Pandekten, 1884
Des Gouttes:	Système des Nullités en Droit Suisse, in ZSR NF 48, S. 348 ff.
Egger:	Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 1914
Eichmann:	Lehrbuch des Kirchenrechts, 3. Aufl. 1930
Fischer:	Ueber die Erfordernisse einer Putativehe, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 25. Jahrgang
Gautschi:	1. Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, 1913
	2. Rechtswirkungen der Eintragung in die Zivilstandsregister unter Berücksichtigung des schweiz. Zivilgesetzbuches, 1911
Gisi:	Verhandlungs- und Offizialmaxime im Eheprozessrecht, in ZSR NF 32, S. 419 ff.

Gmür:	1. Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweiz. ZGB, 1908 2. Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 1914
Grünenfelder:	Ehewillensmängel nach kan. Recht im Verhältnis zum schweiz. Zivilrecht, Diss. Freiburg, 1935/36
Guhl:	Das Schweiz. Obligationenrecht, 1936
Haring:	Der kirchliche Eheprozess, 1932
Henrici:	Das Gesetzbuch der kath. Kirche, 1918
Hoffet:	L'intervention du Ministère Public dans la Procédure. Civile en Droit Suisse et en Droit Français, Diss. Zürich, 1932
Huber:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch Vorentwurf, Erläuterungen, 1901
Jone:	Gesetzbuch des kanonischen Rechts. Erklärung der Kanones, 1939 f.
Jung:	Ueber die logische Geschlossenheit des Rechts, 1900
Knecht:	Handbuch des kath. Eherechts, 1928
Leonhard:	Die Beweislast, 1904
Leuch:	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 2. Aufl. 1937
Linneborn:	Grundriss des Eherechts nach dem Codex iuris canonici, 1933
Meile:	Die Beweislehre des kanonischen Prozesses, Diss. Freiburg, 1925
Peters:	Die Ehe nach der Lehre des hl. Augustinus, 1918
Planiol:	Traité élémentaire de Droit civil, 10. ed., 1925 (Bd. 1)
Riedler:	Bedingte Eheschliessung, Diss. Erlangen, 1892
Rümelin:	Die Rechtssicherheit, 1924
Sägmüller:	Lehrbuch des kath. Kirchenrechts, 3. Aufl. 1914
Savigny:	System des heutigen römischen Rechts, 1840 ff.
Schulte:	Handbuch des kath. Eherechts, 1855
Siegwart:	Die rechtswidrige Verwendung von Rechtsinstituten, 1936
Singer:	Die gemischten Ehen nach dem Recht der kath. Kirche, Diss. Zürich, 1927
Staudinger:	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 7./8. Aufl. 1913
Steiner:	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern, 1913
Stutz:	Der Geist des Codex iuris canonici, 1918

Thiesing:	Die Wirkungen nichtiger Ehen, 1907
Tuor:	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1934
Wächter:	Pandekten, 1881
Weiss:	Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum ZGB und OR, 1925

Abkürzungen

B G	Bundesgericht
B G B	Deutsches bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896
B G E	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
C., c.	Canon
C I C	Codex iuris canonici vom 27. 5. 1917
E G	Einführungsgesetz (bernisches zum schweiz. ZGB vom 28. 5. 1911)
Instr.	Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum, vom 15. 8. 1936
O R	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. 3. 1911/18. 12. 1936
Vorentwurf	Vorentwurf zum schweiz. Zivilgesetzbuch 1900
ZivStG	Bundesgesetz über die Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. 12. 1874
Z G B	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
Z S R N F	Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge

Vorbemerkung

a. Zum Thema.

Der Grundsatz, es sei die einmal geschlossene Ehe nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten, stammt aus dem kanonischen Recht [1]. Aber auch für das Zivilrecht anerkennen Doktrin und Praxis seine Geltung. Obwohl nirgends ausdrücklich erwähnt, lässt sich doch in zahlreichen Bestimmungen des ZGB die Erhaltungstendenz des Gesetzes erkennen. — Problematisch wird die Verwirklichung dieses Prinzips, wenn eine Ehe rechtswidrig, d. h. ungültig ist, oder ihre Ungültigkeit wenigstens behauptet wird. Es stellt sich dann die Frage, ob der Annullierung Hindernisse in den Weg zu legen seien, oder ob hier das Erhaltungsbedürfnis gegenstandslos bezw. durch Rechtssicherheitsrücksichten verdrängt werde. Wie sich das kanonische Recht einerseits, das schweizerische Zivilrecht anderseits zu diesem Problem verhalten, bildet den Gegenstand unserer Untersuchung.

Wir sehen dabei vollständig von historischen Beziehungen ab und betrachten nur das geltende Recht. Es ist nämlich möglich, dass einzelne Institute zwar wohl aus dem kanonischen Recht ins Zivilrecht übernommen, von diesem jedoch einem ganz anderen Zweck dienstbar gemacht wurden. In solchen Fällen bestehen dann scheinbare Analogien, die leicht verwirren, indem sie eine Verwandtschaft vortäuschen, wo keine vorhanden ist. Eine Analysierung solcher Pseudokonkordanzen würde uns aber zu weit führen.

b. Zur Methode.

Wir werden zunächst den Grundsatz dort aufsuchen, wo er uns am unmittelbarsten und eindeutigsten entgegentritt, wo er mit Geltung für einen bestimmten Fall ausdrücklich genannt wird, d. h. bei den kanonischen Ehegunst-Präsumptionen.

[1] Wir nennen hier der Einfachheit halber das Recht der katholischen Kirche schlechthin kanonisches Recht. Erweist sich eine Unterscheidung des alten Rechts (dessen hauptsächlichste Quelle das Corpus iuris canonici bildete) von dem in der jüngsten Kodifikation (Codex iuris canonici) niedergelegten geltenden Recht als notwendig, so wird dies ausdrücklich hervorgehoben werden.

Da es aber nicht ratsam scheint, aus Einzelbestimmungen auf Grundprinzipien des Gesetzes zu schliessen, so werden wir versuchen, aus der Rechtsnatur der kanonischen Ehe die Motive abzuleiten, die zur Aufstellung eben jener Präsumptionen geführt haben und danach prüfen, ob und inwiefern die Vermutungen als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips betrachtet werden können. Nach dieser Konstatierung des Grundsatzes, wird sich die Frage nach seiner Bedeutung und Stellung im Rahmen des kanonischen Rechts erheben, namentlich nach seinem Verhältnis zur Auslegung.

Erst im Anschluss daran werden wir uns dem Zivilrecht zuwenden, da dieses einerseits nirgends den Grundsatz ausdrücklich erwähnt, und anderseits sich auch die Fragen allgemeiner Natur etwas anders stellen, sodass eine gesonderte Betrachtung angebracht scheint. Wir werden hier in Ermangelung einer als Ausgangspunkt dienlichen Einzelbestimmung, aus der Grundlage des Gesetzes selbst diejenigen Momente herausheben, welche die Geltung des Prinzips zu bestätigen scheinen. Auch für das Zivilrecht wird sich dann die Frage nach Geltungsbereich und Bedeutung des Grundsatzes stellen, wenngleich in anderer Weise als für das kanonische Recht. (Wo sich schon bei den Fragen grundsätzlichen Charakters eine gemeinsame Behandlung aufdrängt, wird sie stattfinden.)

Im besonderen Teil, welcher der Verfolgung des Grundsatzes in die einzelnen Gebiete des Ungültigkeitsrechts zu widmen ist, wird nun eine gemeinsame Behandlung beider Rechte angebracht und erlaubt sein. Angebracht, weil durch das unmittelbare Nebeneinander die Eigenarten der beiden Rechte plastischer hervortreten als bei einer für beide Rechte gesonderten Darstellung des gesamten Fragenkomplexes. Erlaubt, weil nun die zum Verständnis der Einzelbestimmungen notwendigen Grundlagen für beide Rechte vorhanden sein werden.

Erster Teil

Bedeutung und Geltungsbereich des Grundsatzes im allgemeinen

A. Die kanonische Ehe als causa favorabilis

§ 1. Die Rechtsvermutungen

Der CIC stellt vornehmlich in seinem materiellen Teil durch eine Anzahl von Rechtsvermutungen die Verteilung der Beweislast für bestimmte Fälle in besonderer Weise fest. Es sind dies «Annahmen ohne Beweis», d. h. der Gesetzgeber schliesst aus gewissen Tatsachen auf das Vorhandensein anderer Tatsachen, und zwar so, dass im Zweifel die letzteren keines Beweises bedürfen. Wer sich auf die Vermutung beruft, braucht daher nicht zu beweisen. Er ist hinsichtlich der vermuteten Tatsache von der Beweislast befreit [1]. Die Vermutung bindet den Richter, sofern eine Zurückweisung nicht erfolgt und kann Grundlage sein für das Urteil. Sie ist somit nicht blosse Beweislastregel, sondern in gewissem Sinne auch ein Beweismittel das — anders als z. B. das Geständnis — auch im Offizialverfahren vollen Beweis gibt [2]. Eine Zurückweisung («Gegenbeweis») ist meist direkt möglich (praesumptio iuris) bei einzelnen Vermutungen nur indirekt zulässig (praesumptio iuris et de iure, qualifizierte Rechtsvermutung). Im letzten Fall nähert sich dann allerdings die Präsumption stark der gesetzlichen Fiktion [3].

Mit der Aufstellung solcher Präsumptionen wird erreicht, dass bei verwickelten Verhältnissen — denn um solche handelt es sich in der Regel — die Partei, welche den kaum oder überhaupt nicht möglichen Beweis zu erbringen hätte, dieser Aufgabe enthoben und damit das ganze Beweisverfahren einfacher, weniger kostspielig und weni-

[1] Dagegen trifft ihn immer noch die Beweislast hinsichtlich der Prämissen der Vermutung.
[2] Vgl. Meile S. 79.
[3] Vgl. Jone zu c. 1825 ff.

ger zeitraubend gestaltet werden kann. Anderseits wird durch die hierbei stattfindende Verschiebung der Beweislast die Stellung des Vermutungshabers ganz wesentlich erleichtert. Der Gegner, der sich auf Tatsachen stützt, gegen welche eine Rechtsvermutung spricht, ist gezwungen, diese zu beweisen oder durch den Nachweis weiterer Tatsachen die Nichtanwendbarkeit der Vermutung darzutun. Demgegenüber kann die andere Partei, welche die Vermutung für sich beansprucht — als Kläger oder Beklagter — in rein defensiver Stellung verharren [1].

Während somit die Präsumption einerseits zur Vereinfachung des Verfahrens beiträgt, in Fällen, wo sich der Beweisführung unverhältnismässige Schwierigkeiten entgegenstellen, begünstigt sie andererseits diejenige Prozesspartei, deren Teil es wäre, diese Schwierigkeiten zu überwinden. Daraus lässt sich unschwer erkennen, dass Nützlichkeit und Billigkeit die Motive sind, die zur Aufstellung derartiger Rechtsvermutungen bewegen. Wegleitend aber ist — wenigstens in der Regel — die Wahrscheinlichkeit, die für die Existenz der angenommenen Tatsachen spricht. Sie bildet zugleich die innere Rechtfertigung der Vermutung.

Neben diesen rein prozessualischen Funktionen kommt aber manchen von diesen Vermutungen noch eine weitere Bedeutung zu. Indem sie nämlich von der Beweislast entbinden, erleichtern sie nicht nur die Stellung der einen Prozesspartei, sondern sie schützen zugleich indirekt das Rechtsgut, auf dessen Genuss dem Vermutungshaber aus der von vornherein als bewiesen geltenden Tatsache ein Anspruch erwächst oder dessen Genuss bei Nichtbeweisbarkeit dieser Tatsache gefährdet wäre. Wenn in c. 2200 § 2 bei stattgehabter Gesetzesübertretung dolus präsumiert wird, so bedeutet dies nicht bloss die Beseitigung von Beweisschwierigkeiten, sondern den Schutz des in Frage stehenden Rechtsgutes, welches hier die Rechtsordnung schlechthin ist. Denn es würden sonst — dies wird befürchtet — zahlreiche Uebertretungen wegen mangelnder Beweisbarkeit des dolus straflos bleiben und damit die Rechtsordnung gefährdet, auf deren ungestörten Genuss der Vermutungshaber — hier die Allgemeinheit — einen Anspruch besitzt.

Meist dient eine Präsumption mehr oder weniger der Erfüllung beider angedeuteter Zwecke, d. h. sie verbindet mit ihrer Eigenschaft als Mittel der Beweiserleichterung und Verfahrens-Vereinfachung zugleich eine gewisse Schutzwirkung (Meile S. 77). Aber es lässt sich doch in der Regel erkennen, welche Funktion die primäre ist und für

[1] Durch die Vermutung werden die Parteirollen nicht in dem Sinne vertauscht, dass der Vermutungshaber vom Kläger zum Beklagten würde. Vgl. eingehend hiezu Burckhard zivil. Präsumpt. S. 324 ff.

den Gesetzgeber bei der Aufstellung massgebend war. So dient die Präsumption des Vernunftgebrauchs vom siebenten Jahre an (c. 88 § 3) in erster Linie der Ersparung des hier schwierigen und unsicheren Beweises (namentlich wenn es sich fragt, ob der Minderjährige unter das Kirchengesetz falle c. 12). Es kann darin vielleicht auch ein gewisser Schutz der Allgemeinheit liegen, welcher aber angesichts der geringen straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des impubes kaum in Betracht fällt [1]. Anderseits hat die bereits erwähnte dolus-Präsumption ausgesprochenen Schutzcharakter. Scheint sie doch dem Grundsatz nemo praesumitur malus nisi probetur ins Gesicht zu schlagen.

Es ist klar, dass, je ausgesprochener eine Präsumption Schutzzweck hat, desto geringer die Rolle ist, welche die Wahrscheinlichkeit der vermuteten Tatsache spielt. Die Präsumption bedarf hier keiner Rechtfertigung durch die Wahrscheinlichkeit. Ihr Zweck rechtfertigt sie zur Genüge. Sie wird aufgestellt zum Schutze eines bestimmten Rechtsinstitutes und die präsumierte Tatsache gilt als bewiesen, mag auch die Wahrscheinlichkeit gegen ihre Existenz sprechen. Bei einer Vermutung dagegen, die lediglich der Verteilung der Beweislast dienen soll, wird man es nicht darauf ankommen lassen, der Ermittlung der Wahrheit durch ein Präjudiz eventuell hemmend entgegenzutreten; man wird deshalb nur Tatsachen annehmen, die der Wahrscheinlichkeit entsprechen; zumal andernfalls das Interesse des Vermutungsgegners in ungerechtfertigter Weise verletzt werden könnte. Dient eine Präsumption jedoch dem Schutze eines Rechtsgutes, so rechtfertigt das Interesse der Allgemeinheit am Schutz dieses Gutes ihre Funktion so vollständig, dass das Einzelinteresse des Vermutungsgegners dagegen nicht in Betracht kommt [2]. Dies zeigt sich namentlich bei den sogenannten qualifizierten Vermutungen, wo eine Umstossung der Vermutung überhaupt verboten, und nur der Nachweis zulässig ist, dass die Präsumption auf den konkreten Fall gar keine Anwendung findet (canon 1904).

Am zahlreichsten finden sich solche vorwiegend zu Schutzzwecken aufgestellte Vermutungen im Eherecht. Dabei ist allerdings festzustellen, dass alle diese Präsumptionen zugleich die angedeutete pro-

---

[1] c. 2230, c. 2204, c. 1687 § 1, c. 1655 § 2.

[2] Weil eben der Gesetzgeber den Schutz des betreffenden Rechtsgutes als im Interesse der Allgemeinheit liegend betrachtet, stellt er die Präsumption auf. Natürlich hat die Allgemeinheit auch ein Interesse daran, dass jedes ihrer Glieder sich in seinen Interessen geschützt sehe. Es besteht daneben aber das nach der Meinung des Gesetzgebers wichtigere Interesse am Schutz von Rechtsgütern, welches wir einzig als allgemeines oder öffentliches Interesse bezeichnen wollen.

zessualische Funktion ausüben. Ein Blick aber auf die sich daran knüpfenden Folgen erweist ihren Charakter als Schutzmittel.

So wird nach c. 1015 die Konsumation der Ehe vermutet, wenn die Gatten nach der Eheschliessung zusammengelebt haben. Die Folge davon ist, dass die betreffende Ehe nicht mehr auf Grund von c. 1119 auflösbar ist. Nach c. 1070 § 2 wird vermutet, dass beide Gatten getauft sind. Eine Ungültigkeitserklärung wegen Religionsverschiehenheit (c. 1070 § 1) darf daher bis zum Beweis des Gegenteils nicht erfolgen. In c. 1082 § 2 wird Kenntnis des Ehezwecks bei erlangtem Reifealter präsumiert. Das bedeutet, dass der abgegebene Konsens und damit die Ehe nicht wegen Unkenntnis des Ehezweckes ungültig erklärt werden kann, es sei denn, der Gegenbeweis gelinge (c. 1082 § 1). Ferner wird trotz Vorliegens eines trennenden Hindernisses die Fortdauer des Konsenses vermutet (c. 1093 vgl. auch 1085) und damit die Heilung ermöglicht, was umso schwerwiegender ist, als eine Zurücknahme des Konsenses meist sehr schwer zu beweisen sein wird. Gemäss c. 1086 wird immer angenommen, dass die bei der Eheschliessung gebrauchten Worte und Zeichen mit der innern Gesinnung übereinstimmen — eine Bestimmung, bei welcher besonders deutlich die Doppelfunktion der Vermutung in Erscheinung tritt. Unter Ausschluss des Gegenbeweises nimmt c. 1972 bei Tod eines Gatten an, dass eine zu Lebzeiten beider Gatten unangefochtene Ehe gültig gewesen sei. Auf einer ähnlichen ehegünstigen Annahme beruht die Fiktion, wonach eine unmögliche, unerlaubte oder notwendige Bedingung, sofern sie nicht dem Wesen der Ehe widerspricht, für nicht beigefügt zu gelten habe (c. 1092) [1]. Der Gesetzgeber schliesst aus der Sinnlosigkeit der Bedingung auf das Doch-Vorhandensein des Konsenses, womit die Bedingung gegenstandslos wird.

Allen diesen Präsumptionen ist gemeinsam, dass sie den Weg zur Ungültigerklärung einer Ehe versperren [2]. Eine einmal geschlossene Ehe, dies scheint ihr Motto zu sein, soll nach Möglichkeit aufrecht erhalten werden. Und dieses Postulat findet seinen schärfsten Ausdruck in der Bestimmung von c. 1014, wonach im Zweifel solange für die Gültigkeit einzustehen sei, bis das Gegenteil bewiesen ist [3]. Während im allgemeinen der Richter in Fällen unlösbaren Zweifels

---

[1] Die Bestimmung wurde ausdrücklich propter favorem matrimonii aus dem Testatsrecht übernommen. Geschichtliches vgl. Riedler, S. 40 ff.

[2] Dies gilt nicht von der Präsumption im c. 1015. Diese soll nicht die Ungültigerklärung, sondern die Auflösung der Ehe verhindern. Wir haben sie in diesem Zusammenhang genannt, weil sie vom selben Gedanken wie die übrigen getragen wird.

[3] Voraussetzung ist, dass die Ehe tatsächlich geschlossen wurde. Auf dieser Tatsache fusst die Vermutung, vgl. Jone zu c. 1014.

kein bestimmtes Urteil in der Sache fällen darf (c. 1869 § 4), so muss auf Grund von c. 1014 zugunsten der Ehe entschieden werden, auch wenn die zur Urteilsfällung nötige moralische Gewissheit (c. 1869 § 4) fehlt [1]. C 1014 ist somit vorerst einmal eine Ergänzung und Erweiterung des Schutzapparates von Präsumptionen, welcher der Aufrechterhaltung der Ehe dient. Mit ihr erfährt der im gleichen Kanon aufgestellte Satz seine Sanktion, dass sich die Ehe der besondern Rechtsgunst erfreue: Matrimonium gaudet favore iuris, quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur.

Quare — also darum, weil die Ehe sich der Rechtsgunst erfreut, soll bis zum Beweis des Gegenteils an der Gültigkeit festgehalten werden. Die Rechtsgunst bewegt also zur Annahme der Gültigkeit gemäss c. 1014, aber auch zur Hinstellung aller anderen genannten Vermutungen, die in einem gewissen Sinn bloss eine Anwendung der allgemeinen Präsumption von c. 1014 auf den einzelnen Fall sind. Dennoch handelt es sich bei diesen Vermutungen bloss um praesumptiones iuris simpliciter, und nur in einem Fall (c. 1972) ist Gegenbeweis ausgeschlossen. Die Gültigkeit wird zwar präsumiert aber unter Vorbehalt des Gegenbeweises.

Es ist dies nun insofern selbstverständlich, als der Gesetzgeber das Zustandekommen einer Ehe von gewissen Voraussetzungen abhängig macht. Die Möglichkeit des Gegenbeweises ist somit die notwendige Sanktion dieser einschränkenden Bestimmungen, deren Zweck sonst illusorisch würde. Anderseits bedeutet die Vorschrift, im Zweifel für die Gültigkeit zu entscheiden, eine deutliche Privilegierung dieser Gültigkeit und Zurückdrängung, Benachteiligung anderer, wenn auch noch so wichtiger Interessen. Es scheint sich somit in diesen Präsumptionen ein gewisses Dilemma des Gesetzgebers wiederzuspiegeln: auf der einen Seite wünscht er die Ehe nach Kräften zu schützen und ihr die Rechtsgunst zuzuwenden durch die Aufstellung von Rechtsvermutungen, die einer Annullierung schwer zu überwindende Hindernisse in den Weg legen; auf der andern Seite muss er, um den Bestimmungen über die Erfordernisse einer gültigen Ehe Geltung zu verschaffen, die Annullierung von gesetzwidrigen Ehen erstreben.

Man könnte sich daher fragen, ob die erwähnten Präsumptionen tatsächlich in erster Linie dem Schutz und der Aufrechterhaltung der

---

[1] Immerhin muss der Zweifel auf einem vernünftigen Grunde beruhen. Vgl. Jone zu c. 1014. Das unbestimmte — d. h. nicht endgültig freisprechende oder beurteilende — Urteil ist eine aus dem röm. Recht übernommene Eigentümlichkeit des kanonischen Prozesses (vgl. Savigny, System VI S. 310. Ueber die Kontroverse im kanonischen Recht vgl. Jone zu c. 1869).

Ehe dienen sollen. Ob sie nicht vielmehr bloss prozessualischen Gründen ihr Dasein verdanken. Ob sie nicht bloss die Funktion von Beweismitteln auszuüben haben, weil eben in den betreffenden Fällen innere Vorgänge, Willensakte und andere Tatsachen, die sich der Wahrnehmung entziehen, zu beweisen wären; Tatsachen, die wegen der Schwierigkeit ihres Nachweises eine Erleichterung der Beweisführung durch Unterschiebung von notorischen oder wenigstens leichter beweisbaren Fakten erwünscht erscheinen liessen. Eine Schlussziehung, auch ohne zwingende Notwendigkeit von diesen feststehenden oder feststellbaren Tatsachen auf die nicht oder kaum nachweisbaren erschiene nicht ungerechtfertigt, weil die Wahrscheinlichkeit eine solche Folgerung nahelegte. Dies wenigstens bei der Mehrzahl der betrachteten Fälle. Aber gerade die Ausnahme — c. 1014 — weist auf eine andere Absicht des Gesetzgebers hin. Diese Bestimmung bringt zu deutlich den gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck, als dass man zweifeln könnte an dem wahren Zweck dieser Vorschrift. Nicht weil normalerweise eine Ehe gültig ist, weil die Gültigkeit das Gewöhnliche ist, soll die Ehe im Zweifel aufrechterhalten werden, sondern weil sie sich der Rechtsgunst erfreut und der Gesetzgeber sie nach Möglichkeit schützen will. Der Wortlaut der Bestimmung schliesst geradezu die Berücksichtigung eines andern Motivs aus [1].

Wenn nun aber c. 1014 erklärt, die Ehe erfreue sich der Rechtsgunst und sei daher — eben wegen der Rechtsgunst — im Zweifel als gültig zu betrachten und aufrecht zu erhalten, so ergibt sich doch wohl dass, wenn die Fortdauer des Konsenses, die Kenntnis des Ehezweckes, etc. präsumiert wird, d. h. die Existenz von Tatsachen, die alle darin übereinstimmen, dass sie eine Aufrechterhaltung bezw. Heilung einer angefochtenen Ehe ermöglichen, dass dies nicht in erster Linie geschieht, um das Verfahren zu vereinfachen und den Beweis zu erleichtern, sondern vor allem um der Ehe die Rechtsgunst zuzuwenden, d. h. sie zu schützen und aufrecht zu erhalten.

Natürlich erleichtern die Präsumptionen den Beweis. Aber es ist dies eine Funktion, die ihnen ihrer Natur nach zukommt, die sie auf jeden Fall ausüben, unabhängig von den Motiven, die zu ihrer Aufstellung geführt haben. Die beweiserleichternde Wirkung ist aber nicht Selbstzweck, sondern der Gesetzgeber bedient sich ihrer zur Realisierung irgend eines besonderen Erfolges: sei es die Vereinfa-

[1] Es ist daher auch ganz nebensächlich, dass c. 1014 sich bei näherem Zusehen nicht durch die Wahrscheinlichkeit rechtfertigen lässt: denn es wird dabei auf die einzige Tatsache des Eheabschlusses abgestellt und dieser vermag nur dann einen Grund für die Wahrscheinlichkeit der Gültigkeit abzugeben, wenn er selbst formell richtig vollzogen wurde (hierüber unten). Dieser Vorbehalt wird in c. 1014 aber nicht gemacht.

chung des Verfahrens oder die Beseitigung einer unbilligen Beweislast oder, wie wir es für die in Frage stehenden Vermutungen jetzt glauben behaupten zu dürfen, der Schutz eines Rechtinstituts.

Dieses letzte Motiv führte nach dem Wortlaut des Gesetzes zur Präsumption von c. 1014. Und, wie gesagt, können wir auch bei den andern, sich alle in der nämlichen Richtung bewegenden Präsumptionen wohl annehmen, dass sie ähnlichen Schutzzwecken dienen, in ähnlicher Weise eine Annullierung verhindern sollen. Denn wenn auch der Gegenbeweis zulässig ist, d. h. das vom Gesetzgeber gewählte Schutzmittel nicht radikal zu wirken vermag, so wird damit doch der Ehe eine Vorzugsstellung, eine in hohem Masse gesicherte Position eingeräumt, unter gleichzeitiger, bewusster Hintansetzung des zweifellos bestehenden Interesses an der Unterdrückung rechtswidriger Verhältnisse.

Der Gesetzgeber scheint also die Ehe zu privilegieren und dies auf die Gefahr hin, dass ungesetzliche Verbindungen dank dieser Vorzugsstellung nicht aus der Welt geschafft werden können. Doch geht er hierin wiederum nicht so weit, die gesetzlichen Voraussetzungen eines gültigen Eheschlusses zu blossen Ordnungsvorschriften zu degradieren: er gestattet immerhin ihre Durchsetzung. Aber er nimmt von vorneherein Stellung für die Ehe.

Um das Verhältnis, in welchem die beiden widerstreitenden Interessen zu einander stehen, richtig zu erfassen und darnach die gesetzliche Lösung verstehen zu können, muss man sich zunächst Klarheit verschaffen über die rechtliche Natur und die gesetzlichen Voraussetzungen der kanonischen Ehe (d. h. der Ehe unter Getauften).

§ 2. Rechtliche Natur der kanonischen Ehe

Selbstverständlich stellt der Kodex als kirchliches Gesetzbuch den sittlichen Charakter der Ehe in den Vordergrund. Es ist daher kaum möglich, ein klares und vollständiges Bild zu erhalten und den nötigen Einblick in den Sinn und die Bedeutung der einzelnen Normen zu gewinnen, ohne dass man diesen der juristischen Seite vorangehenden, sie begründenden und rechtfertigenden Momenten eine, wenn auch nur oberflächliche Würdigung angedeihen lässt.

Vorab aber hat man sich vor Augen zu halten, dass die einzelnen Bestimmungen nicht durchwegs und gleichmässig ihren Ursprung aus einem Willensakt des kirchlichen Gesetzgebers herleiten. Vielmehr entstammen sie verschiedenen Quellen und dieser Verschiedenheit entspricht auch eine verschiedene Kraft und äussere Geltung. Denn wie das gesamte kanonische Recht gründet auch das Eherecht auf göttlicher Satzung. Normen dieser Art nennt man positives göttliches

Recht, wenn sie auf unmittelbarer Offenbarung (Schrift, Tradition) beruhen, Naturrecht, wenn sie sich als Vernunftsgebote aus dem Wesen der menschlichen Natur ergeben. Das ius divinum (positivum oder naturale) ist unbedingt zwingendes Recht und selbst die höchste kirchliche Autorität ist daran gebunden. Es kann somit auch nicht auf dem Wege der Gesetzgebung abgeändert werden. Der Gesetzgeber selbst kann die einzelnen Prinzipien nur in die Form von Gesetzesbestimmungen kleiden, darf sie jedoch materiell nicht umgestalten. Daneben bestehen die von der Kirche in Ausübung ihrer gesetzgeberischen und verwaltenden Funktionen getroffenen Bestimmungen, deren Inbegriff als ius positivum, ius humanum oder kirchliches Recht im engern Sinne (ius mere ecclesiasticum) bezeichnet wird. Diese von ihr selbst erlassenen Vorschriften können natürlich durch die Kirche mittelst der Gesetzgebung wieder aufgehoben, durch neue ersetzt oder abgeändert und ergänzt werden. Für unsere Zwecke ist wichtig die Unterscheidung von göttlichem und positivem Recht [1], wobei unter dem ersten sowohl Offenbarungs- als Naturrecht verstanden werden soll.

Die Ehe nun ist eine Institution göttlichen Rechts (c. 1012) [2] und als solche in ihrem Wesen unantastbar und unveränderlich. Für das Rechtsgebiet heisst das, dass alle Gesetzesbestimmungen, die das Wesen der Ehe selbst oder die aus demselben entspringenden Wirkungen betreffen, blosse Formulierungen von Sätzen göttlichen Rechts sind und daher weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit aufgehoben oder abgeändert werden können.

Die Ehe ist in erster Linie moralisches Institut, wird aber durch das sie begründende Rechtsgeschäft des Ehekontrakts (c. 1012) [3] in den Rahmen des positiven Rechts eingefügt [4]. Dieser Kontrakt weist gegenüber andern Privatverträgen, seinem Zweck entsprechend,

---

[1] Im Zweifel über die rechtliche Natur einer Norm steht die Entscheidung dem Papst als Inhaber der höchsten Lehrgewalt zu (c. 1323). Bezüglich der Gebundenheit an das ius divinum vergleiche Eichmann I S. 179.

[2] Gen. 1,28, Matth. 5,28.

[3] Ursprünglich kannte die Kirche überhaupt kein positives Eherecht. Die nach röm. Recht geschlossene Ehe erhielt durch den christlichen Glauben der Gatten sakramentalen Gehalt. Da aber die Kontraktsehe den kirchlichen Anschauungen entsprach, konnte sie rezipiert werden. Näheres Freisen, Geschichte des Eherechts 1893. Scheurl Entwicklung des Eheschliessungsrechts (namentlich S. 19).

[4] Obwohl der Kodex in der Betonung des Vertragscharakters weiter geht als z. B. das ZGB, so handelt es sich doch immer nur um eine Form. Schulte S. 17 sagt mit Recht: «Man kann nicht einmal sagen, die Ehe werde durch einen Kontrakt insofern abgeschlossen als der gegenseitig erklärte Konsens einen solchen darstelle, weil der Gegenstand, auf welchen jener geht, schlechthin kein Objekt ist, über das man Verträge schliessen kann . . .»

zahlreiche Modifikationen auf. Durchaus eigentümlich ist ihm die Unveränderlichkeit seines Inhalts. Dieser ist von vornherein gegeben und bestimmt durch das Wesen der Ehe als solcher. Daher ist der Vertrag diesbezüglich der Privatwillkür gänzlich entzogen und wird vom zwingenden (öffentlichen) Rechte beherrscht. Die Kontrahenten können lediglich darüber befinden, ob sie den Vertrag überhaupt schliessen und ob sie ihn — soweit dies zulässig — bedingt schliessen wollen. Alles übrige, namentlich die aus dem Vertrag entstehenden Rechte und Pflichten, die Modalitäten der Auflösung etc., werden vom Gesetze bestimmt, mit Rücksicht auf Inhalt und Zweck der Ehe als solcher. Hierüber, d. h. über Inhalt und Zweck der Ehe als qualifizierte Verbindung von Mann und Frau stellt Augustin, auf dessen Lehre das kanonische Recht weitgehend fusst [1], die Theorie von den «drei Gütern» auf: dem bonum prolis, dem bonum fidei und dem bonum sacramenti. Damit werden in lakonischer Kürze die sozialen, sittlichen und religiösen Werte der Ehe charakterisiert.

Was speziell das letztgenannte Gut, das Sakrament der Ehe anbelangt, so besteht es in der Unauflöslichkeit des Ehebandes (casti conn. 31), womit besondere Gnadenwirkungen verbunden sind (ebenda 38 ff.). Die Ehe ist, hierauf muss besonders Gewicht gelegt werden, kraft göttlichen Rechts unauflöslich, ist unauflöslich, weil sie Sakrament ist [2]. Die Sakramentalität der Ehe ist der Brennpunkt des Eherechts überhaupt. Die Ehe ist in erster Linie unter diesem Gesichtswinkel zu betrachten; schon die vom Kodex im Gegensatz zum alten Gesetzbuch getroffene Einordnung des Stoffes unter die Sakramente zwingt hiezu.

Die Spendung des Sakraments erfolgt durch die gegenseitige Ehewillenserklärung der Brautleute. D. h. sie geschieht durch die nämliche Handlung, durch welche der Vertragsschluss vollzogen wird.

---

[1] Vgl. die Enzyklika von Pius XI. «casti connubii». Die authentische Uebersetzung nebst einer Einteilung in numerierte Abschnitte findet sich bei Linneborn S. 3 ff. Auf diese Wiedergabe beziehen sich auch unsere Zitierungen. Ferner Peters S. 25.

[2] Solange sie allerdings nicht konsumiert ist, kann sie noch aufgelöst werden (c. 1119), was jedoch nichts daran ändert, dass die Ehe innerlich schon duch den Konsens unauflöslich sakramental wird. Vgl. Linneborn S. 408 ff. und die dort Zitierten. (Diese schwer fassbare Erscheinung zu erklären, ist Sache der Dogmatik. Dem juristischen Verständnis wird sie vielleicht näher gebracht durch eine vergleichsweise Heranziehung des supensivbedingten Rechtsgeschäfts: Wie dieses kann zur Not auch das Ehesakrament als sukzessiv entstehendes gedacht werden. Nur äussert es während des «Schwebezustandes» schon alle Hauptwirkungen, mithin auch die Unauflöslichkeit. Diese können aber noch von aussen (durch Dispens oder Profess) beseitigt werden, d. h. durch Faktoren, die mit dem Sakrament in keinem Zusammenhang stehen.

Es findet somit eine so enge Verquickung von Sakrament und Vertrat statt, dass man von Identität sprechen könnte [1]. Dies wäre jedoch insofern ungenau als die Konsensabgabe für das Rechtsgebiet zwar einen Vertrag darstellt, anderseits aber als rituelle Handlung ausserrechtliche Wirkungen erzeugt. Immerhin ist die Verschmelzung von Vertrag und Sakrament so durchgreifend (c. 1012), dass der Kontrakt dadurch «aus der rein natürlichen Ordnung einer rechtlichen Handlung herausgehoben und innerlich so ausgestaltet wird, dass die sakramentalen Gnaden nur durch ihn den Eheleuten vermittelt werden können» [2]. Anderseit hat auch ein den Bestand des Kontraktes berührender rechtsgeschäftlicher Mangel, selbst wenn er das Wesen der Ehe nicht direkt affiziert, die Ungültigkeit der Ehe zur Folge [3]. Es gilt dies namentlich von Formmängeln. Formvorschriften gehören dem positiven Recht an, und obwohl der Kirche die Befugnis zusteht, solche zwingend aufzustellen [4], so besteht doch kein Satz divini iuris, der eine Form verlangte. Diese ist vielmehr bloss ein Gebot der Rechtssicherheit [5].

Direkt affiziert dagegen wird das Wesen der Ehe durch Willensmängel. Denn das Sakrament kommt nur durch beidseitigen Ehewillen zustande [6], und dieser kann «durch keine menschliche Macht» ersetzt werden (c. 1081 § 1). Leidet eine Ehe an einem Konsensmangel, so entbehrt sie also der sakramentalen Gnaden und damit des Charakters einer Ehe überhaupt. Der Ehewillen muss dabei so beschaffen sein, dass keine wesentliche Eigenschaft der Ehe (z. B. die Unauflöslichkeit) ausgeschlossen wird. Eine genaue Kenntnis aller Wirkungen und Beziehungen der Ehe ist jedoch nicht erforderlich (c. 1082 § 1). Es muss daher auch nicht die Ehe in allen ihren Beziehungen tatsächlich gewollt sein. Nur darf kein wesentliches Moment durch positiven d. h. tatsächlichen, bewussten Willensakt ausgeschlossen werden [7]. Sollte dies der Fall sein, so entbehrt, wie gesagt, die Ehe der inneren Gültigkeit. Ist jedoch die geforderte minimale Kenntnis des Ehezwecks (c. 1013 § 1) vorhanden, so genügt das Wollen

---

[1] Vgl. aber oben S. 20 (Anm. 4).

[2] Linneborn S. 54.

[3] Ueber das Recht der Kirche durch positivrechtliche Normen über die Gültigkeit der Ehe zu entscheiden vgl. Schulte, S. 46 ff., Linneborn S. 69, 134 ff. und die dort Zitierten.

[4] Schulte a. a. O.

[5] Die Form wurde vom Tridentinum (Sess. XXIV) eingeführt im Kampf gegen die durch klandestine Ehen hervorgerufene Rechtsunsicherheit, vgl. Linneborn S. 339 ff.

[6] Eingehend Schulte S. 7 ff. (ebenda Angabe der dogmatischen Grundlagen), ferner Linneborn S. 51 und 54.

[7] Vgl. Jone zu c. 1081 ff.

einer solchen Verbindung, um eine gültige Ehe in a l l e n ihren Beziehungen zustande kommen zu lassen. Wissen z. B. die Kontrahenten nicht um die Sakramentalität der Ehe, besitzen aber sonst genügende Kenntnis des Ehezwecks, so wird die von ihnen eingegangene Ehe eo ipso Sakrament, selbst wenn sie bei Kenntnis dieser Wirkung die Ehe nicht gewollt hätten. In dem vom Gesetz verlangten Umfang aber ist der Konsens unbedingtes Gültigkeitsrequisit. Ist er daher wegen Irrtums, Furcht, Zwanges [1] etc., nicht vorhanden, so besteht überhaupt keine Ehe.

Die der Ehe eigentümlichen negativen Voraussetzungen, die sogenannten Ehehindernisse, entstammen ebenfalls teils dem göttlichen, teils dem positiven Recht. Allerdings verhielt sich der Gesetzgeber bei der Aufstellung eigener Hindernisse zurückhaltend; wenigstens soweit es die äusserst intensiven Beziehungen der Ehe zum täglichen Leben, ihre soziale und sittliche Bedeutung erlaubten. Denn das Recht zur Ehe (c. 1035) beruht auf göttlicher Satzung (casti conn. 9,69), und eine Beschränkung wollte als untunlich möglichst vermieden werden. Zahlreiche dem alten Recht bekannte Hindernisse wurden abgestossen [2] oder eingeschränkt [3]. Ueberdies sind, wenigstens theoretisch, alle Hindernisse des positiven Rechts dispensabel [4]. Immerhin haben trotzdem manche dieser von der Kirche selbst aufgestellten Hindernisse trennenden Charakter [5] und hindern das Zustandekommen einer gültigen Ehe: Eine Wirkung des oben festgestellten Zusammenhangs von Sakrament und Vertrag.

Was nun die Durchsetzung dieser Vorschriften über die Gültigkeitsrequisite einer Ehe anbelangt, so trifft der Gesetzgeber selber umfangreiche Vorsichtsmassregeln, um zu verhindern, dass rechtswidrige Eheschlüsse getätigt werden. Es geschieht dies vornehmlich in der Gestalt zwingender Formvorschriften. Ein dreimaliges Aufgebot (c. 1022 ff.), sowie private Nachforschungen des Geistlichen

---

[1] Diese Willensmängel sind allerdings bei der Ehe enger umgrenzt als bei andern Verträgen (c. 1083 ff.).

[2] Charakteristisch für das positive Recht ist eben seine Wandelbarkeit. Es verlangt zuweilen eine Revision und Anpassung an die Bedürfnisse der Epoche.

[3] Vgl. die Zusammenstellung bei Linneborn S. 145. Diese Reduzierung scheint auch die Ansicht Briners (S. 18) zu widerlegen, dass die Nichtigkeit als Ersatz für die mangelnde Scheidungsmöglichkeit gedacht sei. Sie wurde nicht zuletzt durch die allgemeine Einführung der Zivilehe ermöglicht; die Kirche brauchte von nun an keine Rücksicht mehr zu nehmen auf die Interessen der verschiedenen Staaten. Aus diesem Grunde fielen auch die meisten partikularrechtlichen Besonderheiten dahin. Vgl. Singer S. 37.

[4] Praktisch wird in manchen Fällen selten oder nie dispensiert.

[5] Die bloss verbietenden oder aufschiebenden Hindernisse sind für das Folgende gänzlich belanglos.

dienen der Ermittlung etwaiger Hindernisse. Abgesehen von dem der Ehe vorangehenden Brautexamen (c. 1019 ff.) bietet die geforderte aktive Beteiligung des Pfarrers bei der Konsensabgabe (c. 1095 § 1) und die Mitwirkung von Zeugen (c. 1094) eine gewisse Garantie dafür, dass die Ehe nicht an Willensmängeln leidet. Hinsichtlich der Form selbst beugen — neben der Nichtigkeitsfolge — Strafandrohungen etwaiger Nachlässigkeit vor. In besonderer Weise wird ausserdem dafür gesorgt, dass göttliches Recht nicht verletzt wird; indem nämlich eine Ehe nicht gestattet werden darf, wenn Zweifel hinsichtlich eines Hindernisses divini iuris bestehen [1], und zwar weder bei einem Zweifel über die Rechtslage noch bei einem Zweifel bezüglich des Tatbestandes (z. B. c. 1069 § 2).

Eine Ehe, die trotz dieser Vorkehren an einem Hindernis oder einem Konsensmangel leidet, ist nichtig. Es bedarf aber einer richterlichen Sentenz, um die Nichtigkeit festzustellen und die Kontrahenten ihrer Rechte und Pflichten zu entbinden. D. h. das Recht will das weitere Schicksal des faktischen Verhältnisses nicht einfach in die Hand der Parteien legen, sondern verlangt, dass die Verbindung nur durch einen feierlichen Akt wieder gelöst werde (Sägmüller II S. 220).

§ 3. Die grundsätzliche Begünstigung der Ehe

Aus dem Gesagten geht hervor, dass die gültige Ehe kraft göttlichen Rechts unauflöslich ist. D. h. die Auflösung einer solchen verstösst gegen das ius divinum und ist unter allen Umständen zu vermeiden [2]. Anderseits haben wir gesehen, dass dank der diesbezüglichen gesetzlichen Vorsichtsmassregeln (Form etc.) die Gefahr rechtswidriger Eheschlüsse weitgehend eingeschränkt wird. Steht der formell richtige Abschluss einer Ehe fest, so ist kaum zu befürchten, dass die Verbindung gesetzwidrig sei. Es spricht vielmehr die Wahrscheinlichkeit für die materielle Gültigkeit einer formell bestehenden Ehe.

Damit ist aber der Boden für diesbezügliche Präsumptionen geschaffen. Und die Aufstellung von solchen drängt sich umso mehr auf als der Beweis der Gültigkeit, namentlich, wenn es sich um Kon-

---

[1] Es sei denn, dass damit dem Betreffenden überhaupt jede Ehe verunmöglicht würde: Hier darf im Hinblick auf die Eheschliessungsfreiheit die Ehe nicht gehindert werden (c. 1068 § 2). Ebenso ist die Ehe bei Zweifel hinsichtlich Hindernissen des positiven Rechts zu gestatten. Vgl. Jone zu c. 1031.

[2] Ausnahmen siehe oben S. 13, Anm. 2. Eine Auflösung durch die Parteien etwa im Sinn eines Rücktritts oder auf Grund gemeinsamer Uebereinkunft ist daher von vornherein ausgeschlossen. Ebenso eine Scheidung durch den Richter.

sensfragen handelt, in der Regel schwer oder unmöglich wäre. Die in der Form liegende Garantie für die Rechtmässigkeit gestattet ein energisches Vorgehen in diesem Sinn. Die Sakramentalität v e r p f l i c h t e t dazu.

Die Rechtsgunst reicht aber weiter als die durch die Form gebotene Gewähr. Sie greift auch Platz, wenn die Ehe unter Vernachlässigung gewisser Formvorschriften geschlossen wurde (z. B., wenn vom Aufgebot dispensiert, das Brautexamen unterlassen oder der Priester durch arglistige Täuschung zur Assistenz bewogen wurde). Auch dann ist im Zweifel das Fehlen von Hindernissen zu präsumieren, obwohl auch diese «Ordnungsvorschriften» vornehmlich der Sicherung eines gültigen Eheschlusses dienen. Festzustehen braucht bloss die Tatsache der Assistenz des Priesters und zweier Zeugen, denn nur diese ist formelles Gültigkeitsrequisit [1].

Wie eingangs kurz erläutert wurde, bedürfen solche, zu reinem Schutzzweck aufgestellte Rechtsvermutungen keiner Rechtfertigung durch die Wahrscheinlichkeit. Ihr Zweck rechtfertigt sie vollauf. Sie dienen dem Schutz von Rechtsgütern, an deren Unversehrtheit die Allgemeinheit interessiert ist.

Nun können aber alle Bestimmungen, die ihren Ursprung im göttlichen Recht haben, als im öffentlichen Interesse aufgestellt gelten. Wenn das Kriterium für das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses die zwingende Natur einer Norm ist, trifft dies wenigstens zu. Der Unterschied zum positiven öffentlichen Recht [2] liegt hier darin, dass nicht der kirchliche Gesetzgeber darüber entscheidet, ob er eine Norm zur zwingenden stempeln will. Sondern es wird ihm dies durch die Offenbarung vorgeschrieben. Er ist hinsichtlich dieser Bestimmungen lediglich Funktionär einer höchsten Autorität, die ihrerseits Gesetze zum Wohle der gesamten Menschheit erlässt (iuristisch gesprochen im öffentlichen Interesse). So dient auch der Grundsatz der

---

[1] Vgl. Linneborn, S. 339 ff. (über den Unterschied zwischen irrtümlicher und erzwungener Assistenz, vgl. Jone zu c. 1094 ff).

[2] D. h. zu den vom positiven Recht im öffentlichen Interesse aufgestellten Normen: wir nennen öffentlichrechtliche Normen diejenigen Bestimmungen, die im öffentlichen Interesse aufgestellt und daher zwingend sind. In diesem Sinn sind somit auch solche Vorschriften öffentlichrechtlich, die die Grenzen der Privatwillkür festlegen: z. B. Formvorschriften soweit sie zwingend sind. Denn auch sie beruhen auf einem Werturteil des Gesetzgebers. Auch sie werden aufgestellt, weil der Gesetzgeber ein bestimmtes öffentliches Interesse schützen will. Das ist aber das Einzige, was wir feststellen wollen. Gleichgültig ist für uns also, ob die Norm von Amtes wegen anzuwenden sei oder nur dann, wenn die Rechtssubjekte von ihrer Privatautonomie Gebrauch machen (daher fällt für uns auch der Wesensunterschied zwischen «eigentlich» und «uneigentlich» zwingenden Normen ausser Betracht, wie ihn Burckhardt Org. S. 24 ff. feststellt).

Unauflöslichkeit (c. 1118), dem die Vermutungen in favorem matrimonii ihre Entstehung verdanken, dem Wohle der Gesamtheit. Denn die Kirche und die Gesamtheit der menschlichen Gesellschaft überhaupt hat ein eminentes Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe. Dies in zweierlei Hinsicht [1]: einerseits mit Rücksicht auf deren soziale und ethische Werte und anderseits, weil jede Annullierung einer Ehe einen tiefen Eingriff in die Verhältnisse des Einzelnen darstellt. Es ist daher ein Postulat des öffentlichen Interesses, die einmal geschlossene Ehe aufrecht zu erhalten. Ein Postulat, das seinen Niederschlag im positiven Recht darin findet, dass die Ehe die volle Rechtsgunst geniesst [2].

Dieser favor iuris ist aber lediglich ein gesetzgeberisches Mittel, um das Postulat der Aufrechterhaltung zu verwirklichen. Er wird daher nur soweit reichen, als das öffentliche Interesse es fordert. Verlangt dagegen das öffentliche Interesse eine Beseitigung von gesetzwidrigen Verbindungen, so wird diese stattfinden müssen.

Die Abwägung der Interessen steht allerdings dem Gesetzgeber nur soweit zu, als nicht göttliches Recht den einzuschlagenden Weg von vorneherein bestimmt. Es darf daher in der Privilegierung der Ehe, wie wir sie anhand der Rechtsvermutung festgestellt haben, nicht etwa der Ausfluss einer solchen Interessenabwägung erblickt werden; wenigstens nicht in dem Sinn, als ob der Gesetzgeber das Interesse an der Aufrechterhaltung höher einschätzte als dasjenige an der Unterdrückung rechtswidriger Verhältnisse. Vielmehr handelt es sich um eine Beurteilung der Gefahr der Verletzung, der das Indissolubilitätsprinzip ausgesetzt ist. Diese Gefahr wird offenbar als grösser, als akuter eingeschätzt als die Gefahr des Zustandekommens und Weiterbestandes gesetzwidriger Verbindungen. Daher müssen die Schutzmittel radikaler, durchgreifender sein als die gegenteiligen Massnahmen. Daher wird der Annullierung grundsätzlich entgegengewirkt, die Ehe grundsätzlich begünstigt. D. h. der Gesetzgeber unternimmt nicht nur nichts, was irgendwie einer Annullierung Vorschub leisten könnte, sondern er greift sogar im Zweifel aktiv ein, durch die Präsumierung der nicht bewiesenen Gültigkeit. Er annulliert nur, wenn der stringente Beweis für die Ungültigkeit erbracht ist.

Um aber eine Verletzung des göttlichen Rechtes unter allen Umständen zu vermeiden, wird anderseits nicht nur der Gegenbeweis

---

[1] Wir stützen uns auf «casti connubii» 32 ff. Namentlich möchten wir die Worte in Nr. 37 einer authentischen Interpretation des favor gleichsetzen: «Wer also die unantastbare Festigkeit der Ehe mit Entschiedenheit verteidigt, erwirbt sich . . . um das allgemeine Wohl der menschlichen Gesellschaft die grössten Verdienste.»

[2] Ganz abgesehen vom Verbote der Ehescheidung. Hierüber unten.

gegen die Präsumption zugelassen [1], sondern es erwächst auch ein auf Grund von c. 1014 gefälltes Urteil, wie überhaupt jedes Urteil in Ehesachen nie zu voller Rechtskraft. In formeller Hinsicht bedeutet das, dass das Urteil, auch wenn es von der höchsten Instanz (Rota) gefällt wurde [2], appellabel bleibt (c. 1903, 1989). Dagegen muss selbstverständlich die Vollstreckbarkeit gegeben sein, da sonst der Zweck des Urteils überhaupt vereitelt würde, was in Ehesachen untunlich wäre. Daher werden beim Vorliegen zweier gleichlautender Urteile auch die Bedingungen für die Appellation verschärft (c. 1903) [3]. In materieller Hinsicht bedeutet die beschränkte Rechtskraftwirkung, dass eine Bindung der Parteien zwar in dem Sinne stattfindet, dass zwischen ihnen die dem Urteilsinhalt entsprechende Rechtslage Platz greift, dieselbe aber nur solange definitiv ist, als die beurteilte Sache nicht zu erneuter Verhandlung und Beurteilung kommt [4]. D. h. die exceptio rei iudicatae ist ausgeschlossen.

Es bildet dieses Korrektiv eine konsequente Durchführung des Gedankens, dass die Ehe vom öffentlichen Interesse und damit soweit dieses Interesse reicht, vom öffentlichen Recht beherrscht werde [5].

Wir sehen also, dass die Rechtsgunst den positiv-rechtlichen Ausdruck eines Postulats des öffentlichen Interesses darstellt. Damit gelangen wir aber vom rein technischen Begriff des favor matrimonii wie ihn c. 1014 umschreibt, zu einem allgemeinen Prinzip in favorem matrimonii, zu dem Grundsatz, dass die geschlossene Ehe im öffentlichen Interesse zu schützen und aufrechtzuerhalten sei [6]. Es erschöpft

---

[1] Bei c. 1972 ist dies nicht mehr nötig, da nach Auflösung der Ehe durch Tod eines Gatten keine Verletzung des öffentlichen Interesses mehr in Frage kommt.

[2] Wurde der Entscheid von der Rota gefällt, so muss wieder bei der Rota appelliert werden, nur in einem andern Turnus. Vgl. Jone zu c. 1989. (Dabei handelt es sich nicht um eine Wiedereinsetzung (c. 1905 ff.) sondern um das ordentliche Rechtsmittel der Appellation.

[3] Vgl. jedoch Art. 217 Instr.
Eine zweite Ehe ist daher eventuell bloss matrimonium putativum. (c. 1987).

[4] Vgl. Haring S. 105.

[5] Womit der Ehe nicht etwa der Charakter eines Privatvertrages abgesprochen werden soll. Allein soweit das öffentliche Interesse reicht — und das ist hier sehr weit — ist die private Willkür ausgeschlossen und sind Rechte und Pflichten durch zwingende Normen bestimmt. Und weil diese Normen im öffentlichen Interesse gelten, so ist auch ihre Durchsetzung unbedingt erforderlich. Entspricht das Urteil daher nicht dem Befehl des Gesetzes, so muss es durch ein neues ersetzt werden («das öffentliche Interesse verlangt die jederzeitige Anpassung des Rechtszustandes an dieses Interesse», Burckhardt Organ. S. 62)

[6] Schulte S. 455: «Wenn man auch in gewisser Rücksicht die Ehe ein privatrechtliches Institut nennen kann, so ist das Interesse der Kirche dabei ebenso sehr massgebend». Vgl. auch Linneborn S. 51.

sich somit der favor matrimonii nicht darin, dass für die Ehe die Vermutung der Gültigkeit spricht, dass diese Vermutung im Zweifelsfall für die Ehe streitet, sondern es handelt sich offenbar darum, dass Rechtssetzung und Rechtsanwendung überhaupt im Interesse der Allgemeinheit für die Aufrechterhaltung einer einmal geschlossenen Ehe zu wirken haben. Denn eine Annullierung verstösst gegen das öffentliche Interesse und darf nur stattfinden, wenn feststeht, dass dieses Interesse wegen Gesetzwidrigkeit der betreffenden Verbindung nicht mehr vorhanden ist.

Demnach sind die zur Verteidigung der Ehe aufgestellten Vermutungen lediglich Ausflüsse eines allgemeinen Grundsatzes des Eherechts. Sie sind Anwendungsfälle dieses Grundsatzes, Bestimmungen, deren Aufgabe die Verwirklichung des allgemeinen Prinzips in einem speziellen Fall und an einem speziellen Ort ist, nämlich der Schutz der angefochtenen Ehe im Eheprozess. Mit Ausnahme der Präsumption für den Zweifelsfall — c. 1014 — interessieren uns daher diese Vermutungen vorläufig nicht mehr. Wir werden ihnen erst wieder bei der Betrachtung der einzelnen Institutionen des Ungültigkeitsrechts begegnen. Dagegen haben wir uns mit c. 1014 hier noch etwas eingehender zu beschäftigen.

§ 4. Die Auslegung eherechtlicher Bestimmungen

Bekanntlich erhob das gemeine Recht den Satz zur Regel, Rechtsgeschäfte seien im Zweifel so auszulegen, dass sie in allen ihren Beziehungen aufrecht erhalten werden könnten [1]. Der Satz wird von der modernen zivilistischen Doktrin und Praxis wohl allgemein anerkannt [2] und darf auch für das kanonische Recht gelten, soweit sich dieses mit Privatrechtsgeschäften zu befassen hat [3]. Nun besitzt aber c. 1014 eine verblüffende Aehnlichkeit mit dieser Interpretationsregel, und man wäre bei flüchtigem Hinsehen geneigt, von einer gesetzlichen Fixierung [4] derselben zu sprechen. Dem ist aber nicht so. Vielmehr ist c. 1014 seinem Wesen und seiner Funktion nach von einer gesetzlichen Auslegungsvorschrift grundverschieden.

Zunächst die erwähnte Regel! Womit befasst sie sich? Mit der Auslegung von Rechtsgeschäften. Die Ehe ist allerdings auch ein

---

[1] Arndts Pandekten § 75, Wächter Pandekten I S. 405, Dernburg I § 124.

[2] Vgl. Gautschi Beweislast § 62, Revue judiciaire Bd. 8. S. 90 (vgl. auch Tuor S. 42).

[3] Dies ergibt sich wohl aus c. 1529. So wird die Regel Anwendung finden auf Verträge des ehemaligen Güterrechts, des Erbrechts etc., wenn diese als Zwischenstreit gemäss c. 1961 zu beurteilen sind.

[4] Etwa im Sinne von BGB § 2084.

Rechtsgeschäft, ein Vertrag. Aber für die Auslegung [1] des Ehevertrages bleibt nur geringer Raum.

Die Auslegung des Rechtgeschäfts befasst sich mit dessen Inhalt [2]. Der Inhalt des Ehevertrags aber ist, wie wir gesehen haben, von vornherein gegeben und bestimmt. Die Auslegung hat es mit der Deutung missverständlicher Willenserklärungen zu tun; sie hat deren Sinn, deren Reichweite zu ergründen. Der Sinn der ehelichen Willenserklärung ist aber immmer derselbe, ihre Reichweite fest umgrenzt, sie besteht darin, dass der Erklärende durch seine Erklärung eine Ehe eingehen will; und was das bedeutet wird im ganzen Umfang vom Gesetze festgelegt. Es stellt sich angesichts eines Ehekonsenses nie die Frage, welchen rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg die Kontrahenten mit dem Geschäft zu erzielen trachteten, welche Rechtsfolgen sich aus ihrer Erklärung ergeben [3]. Es stellt sich vielmehr immer nur die Frage, ob die Kontrahenten die Erklärung überhaupt abgegeben haben oder — was in Bezug auf die Existenz des Geschäftes dasselbe ist — ob sie die Erklärung überhaupt abgeben wollten oder konnten. Das kann aber dem Geschäft nicht entnommen werden, das muss, weil es vom Geschäft unabhängige Tatsache ist, nachgewiesen, bewiesen werden. Es hat sich damit also nicht die Auslegung, sondern der Beweis zu befassen [4]. Denn wenn die Kontrahenten die Erklärung nicht abgegeben haben oder nicht abgeben wollten oder konnten, so ist überhaupt kein Geschäft zum Auslegen vorhanden.

Man könnte einwenden, dass es gerade die Eigenart der betreffenden Interpretationsregel sei, über den Bestand des Geschäfts zu entscheiden. Dies ist richtig. Aber der Weg, auf dem es geschieht, ist verschieden. Die Auslegungsregel kommt zur Anwendung, wenn die Parteien ein Geschäft gewollt haben, dabei aber ihrem Willen so missverständlich oder unvollständig Ausdruck verliehen, dass der Richter Zweifel hegt, ob dieses Geschäft überhaupt den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Weil aber die Parteien einen rechtlichen und

---

[1] Wir sprechen vorläufig nur von der Auslegung des Rechtsgeschäfts, nicht des Gesetzes.

[2] Vgl. die Ausführungen von Danz: Die Auslegung des Rechtsgeschäfts 1897, an welche wir uns im folgenden halten. Vgl. auch Burckhardt: Lücken des Gesetzes S. 77. Dernburg I § 123 Note 3. Bierling: Prinzipienlehre IV § 53.

[3] Die Feststellung der Rechtsfolgen gehört zwar nicht zur Auslegung, wohl aber ermöglicht erst die Auslegung, eine Feststellung der aus dem Geschäfte entstehenden Rechte und Pflichten. Danz unterscheidet angesichts der praktisch kaum trennbaren Interdependenz der beiden vorzunehmenden Funktionen überhaupt nicht zwischen Auslegung und Subsumption, vgl. S. 44, 96, 16.

[4] Wir bezeichnen hier unseren Zwecken entsprechend jede Art von Tatbestandsfeststellung als Beweis, mithin auch die Konstatierung notorischer Tatsachen.

wirtschaftlichen Erfolg erstrebten und dies lediglich unbeholfen und unsachgemäss erklärten, so sollen sie — darin liegt der Sinn der Maxime — nicht gewissermassen für ihre unzulängliche Erklärung büssen müssen, indem ihr Geschäft für nichtig erklärt wird. Der Richter soll die missverständliche oder unvollständige Willensäusserung dahingehend auslegen, d. h. deuten und ergänzen [1], dass den Parteien die Verwirklichung ihres gewollten wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolges durch das Geschäft immerhin möglich wird. Die Auslegungsregel will also den Parteien zu Hilfe kommen, sie will im Interesse der Parteien von dem zweifelhaften Geschäft retten was zu retten ist. Sie tritt daher erst in Funktion, wenn feststeht, d. h. wenn bewiesen ist, dass die Parteien wirklich ein Geschäft schliessen, sich verpflichten wollten. Ueber diese Frage kann und darf aber nicht die Auslegung entscheiden, sondern es handelt sich hier um Tatsachenfeststellung, Tatbestandsermittlung, um Beweis [2].

Und nun c. 1014! Wir haben gesehen, dass für eine Interpretation des Rechtsgeschäfts bei der Ehe praktisch kein Raum vorhanden ist [3]. Dass es immer nur darauf ankommt, ob ein Ehekontrakt abgeschlossen wurde oder nicht. Bei einer mehrdeutigen Konsenserklärung ist zu untersuchen, ob die Erklärung nicht auf Grund von Irrtum, Furcht, Zwang etc. abgegeben wurde. D. h. es ist die Tatsache des Irrtums, der Furcht, des Zwanges etc. zu ermitteln und damit festzustellen, ob die Parteien eine Ehe eingehen wollten oder nicht. Dagegen muss der Kontrakt nie ausgelegt werden, etwa so, dass der Richter billigerweise nach Gesichtspunkten zu suchen hätte, nach denen der von den Parteien unzureichend formulierte Vertrag rechtlich realisierbar würde. Wenn der Wille die Ehe zu schliessen (und alles was dieser Wille voraussetzt) als vorhanden nachgewiesen ist, so spielt es an sich gar keine Rolle, ob die Erklärung sachgemäss oder unzulänglich war: Die Ehe besteht jedenfalls in allen ihren Beziehungen, denn der Konsens war und ist effektiv vorhanden [4]. Streng genommen käme eine Ehe sogar durch stillschweigenden Konsens zustande, und es ist lediglich um der Rechtssicherheit und des Beweises willen, wenn eine Aeusserung verlangt wird. C. 1014 enthält deshalb nicht eine Vorschrift darüber wie im Zweifel der Ehevertrag auszulegen, sondern was im Zweifel

---

[1] Ergänzen nicht im Sinn von Hinzufügen eines Neuen, sondern im Sinn eines Aussprechens von Unausgesprochenem, das aber nach der Meinung der Parteien in ihrer Erklärung ausgedrückt werden sollte.

[2] Vgl. Dernburg a. a. O.

[3] Ueber die Ausnahmen beim bedingten Eheschluss vgl. unten.

[4] Es ist wie oben bemerkt wurde, nur eine minimale Kenntnis des Ehezwecks erforderlich, um die Ehe in allen ihren Beziehungen zur Entstehung zu bringen.

als bewiesen zu betrachten sei[1]: nämlich die für die Gültigkeit erforderlichen Tatsachen. Er regelt die Tatfrage und nicht die Rechtsfrage[2].

Ein ebenso tiefgreifender Unterschied zur erwähnten Auslegungsregel besteht darin, dass die Gültigkeitspräsumption dem öffentlichen Interesse dient, während die zivilistische Regel im Interesse der Parteien zu walten hat. Während diese daher eine Funktion der Billigkeit ist und nur zur Anwendung gelangt, wenn damit den Parteien gedient wird, ist jene eine Funktion des öffentlichen Interesses und greift auch ein, wenn es den Parteiinteressen zuwiderläuft und — unter Umständen — unbillig erscheint.

Es gibt nun allerdings auch beim Ehekontrakt — wenigstens beim kanonischen — eine Anwendungsmöglichkeit für die Auslegung: Wenn die Ehe unter einer Bedingung geschlossen wurde (c. 1092 ff.), so kann die Erklärung, so weit sie mit der Bedingung zusammenhängt mehrdeutig oder unvollständig sein. Und wenn trotzdem ein Vertrag, eine Ehe gewollt ist, so kann dieser Vertrag, diese Ehe so weit es die Rechtsfolgen der Bedingung betrifft, ausgelegt werden. Es ist dann unter Umständen zweifelhaft und daher durch die Auslegung zu entscheiden, ob die Bedingung resolutiv und damit konsensvernichtend[3] oder suspensiv gewollt sei; es ist vielleicht zweifelhaft, ob die Bedingung, so wie sie die Parteien fassten, gegen das Wesen der Ehe verstosse oder bloss turpis und damit als nicht beigefügt zu betrachten sei etc.[4]. In diesem engen Rahmen kommt auch bei der Ehe eine «Auslegung des Rechtsgeschäfts» in Frage. Hier muss dann allerdings im Sinne der Aufrechterhaltung ausgelegt werden. Aber nicht auf Grund von c. 1014; denn dieser befasst sich ausschliesslich mit dem Beweis, mit der Tatsachenermittlung; auch nicht auf Grund der zivilistischen Interpretationsregel; denn diese funktioniert im Interesse der Parteien und das Parteiinteresse spielt, sobald der Ehewille einmal

---

[1] «Eigentliche Vermutungen gibt es ja nur (kraft objektiven Rechts) auf dem Gebiet der Tatsachen». Burckhardt: Lücken S. 33 Note 1. Durch die Vermutung der Gültigkeit wird im übrigen die Tatsachenermittlung ex officio nicht beschränkt. Aber sie erspart dem Richter ein unbestimmtes Urteil. (Bei Klagen aus trennenden Hindernissen hat der Richter alles erreichbare Beweismaterial, mithin auch die das Hindernis bejahenden Tatsachen herbeizuschaffen, c. 1619 § 2).

[2] Wir verstehen unter Tatfrage lediglich die Frage nach der realen Existenz oder Nichtexistenz von (ausserrechtlichen) Tatsachen. Unter Rechtsfrage dagegen verstehen wir jede Frage, die nur mittelst rechtlicher Begriffe gelöst werden kann. Die Unterscheidung lässt sich praktisch meist nicht streng durchführen. Da es uns hier aber nur um das Grundsätzliche zu tun ist, spielt dies keine Rolle.

[3] Weil gegen die Unauflöslichkeit verstossend. Vgl. Riedler § 8.

[4] Riedler a. a. O.

erklärt ist, keine Rolle mehr; sondern auf Grund des allgemeinen Prinzips, wonach die Ehe im öffentlichen Interesse aufrecht zu erhalten ist [1]. D. h. weil es der Wille des Gesetzgebers ist, die Ehe aufrecht zu erhalten, muss der Vertrag — aber auch das Gesetz — in diesem Sinn ausgelegt werden.

Damit behaupten wir aber, dass die Bestimmungen des Eherechts, soweit sie einer Auslegung bedürfen, schlechthin immer zu Gunsten der Ehe zu interpretieren seien. Dies spricht nun allerdings das Gesetz nirgends aus. Denn, wie gesagt, handelt es sich bei c. 1014 nur um die Vermutung von Tatsachen, die für die Gültigkeit einer Ehe Voraussetzung sind. Damit ist noch nicht gesagt, dass, wenn es sich fragt, ob die vorhandenen Tatsachen den gesetzlichen Anforderungen genügen, hierüber im Zweifel ebenfalls im Sinne der Aufrechterhaltung zu entscheiden sei; ob nicht gegebenenfalls die Rechtssicherheit oder die Billigkeit eine andere Beurteilung verlangten.

Wenn es zweifelhaft ist, ob eine Ehe den gesetzlichen Formvorschriften entspreche, muss dann die Formvorschrift so ausgelegt werden, dass die fragliche Ehe darunter subsumiert werden kann? Oder erheischt es die Rechtssicherheit, dass annulliert werde? Wenn es zweifelhaft, ob die Missachtung einer bestimmten Formvorschrift die Nichtigkeit zur Folge habe, ist dann die betreffende Bestimmung als zwingende Norm zu interpretieren oder als blosse Ordnungsvorschrift? Zu beweisen ist hier nichts. Sondern es fragt sich, ob extensiv oder restriktiv auszulegen sei [2]. C 1014 kommt daher nicht zur Anwendung. Zwar legt der Wortlaut dieser Bestimmung einen Analogieschluss nahe. Aber ist eine solche Operation zulässig? Man wird dies verneinen, wenn man in c. 1014 bloss eine Rechtsvermutung mit Schutzcharakter erblickt. Denn daraus, dass der Gesetzgeber zu Gunsten der Ehe und um übereilter Annullierung vorzubeugen, den schwierigen Gültigkeitsbeweis durch eine Vermutung ersetzt, darf noch nicht der Schluss gezogen werden, dass auch eine gesetzliche

---

[1] Es ist hier scharf zu unterscheiden zwischen der verbotenen, gegen das Wesen der Ehe verstossenden Bedingung, welche den Konsens aufhebt und der erlaubten Bedingung, die den Konsens in keiner Weise affiziert. Wenn daher eine Ehe unter erlaubter Bedingung geschlossen wird, so ist der Konsens gültig und damit die Entscheidung über Bestand oder Nichtbestand den Parteien entzogen. Nur der Eintritt oder Ausfall der Bedingung kann noch darüber entscheiden (Riedler S. 60). So weit nun der Sinn dieser erlaubten Bedingung zu interpretieren ist, spielt das Parteiinteresse keine Rolle mehr. Die Parteien können nur noch die Bedingung fallen lassen und dadurch die Ehe sofort perfekt machen. Der Richter aber muss, wenn Zweifel darüber herrscht ob der Sinn der Bedingung tatsächlich erlaubt sei, in favorem matrominii auslegen.

[2] Beim ersten Beispiel hinsichtlich der Anwendung, beim zweiten hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen der Norm.

Norm im Zweifel zu Gunsten der Ehe auszulegen sei. Es handelt sich um ganz verschiedene Dinge. Mit der Präsumption soll verhütet werden, dass eine Ehe wegen der Unmöglichkeit des Nachweises gewisser Tatsachen grundlos beseitigt werde. Die Auslegung des Gesetzes jedoch hat zur Aufgabe, den wahren Sinn einer Norm zu ermitteln. Von jener prozessrechtlichen, die Tatfrage betreffenden Vorschrift aber auf den Sinn materieller Normen zu schliessen und damit die Rechtsfrage zu entscheiden, geht nicht wohl an.

Betrachtet man aber, wie es oben geschehen ist, c. 1014 als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips, so ist eine solche Folgerung nicht nur statthaft, sondern sie wird notwendig. Der auslegende Richter deutet den nicht ohne weiteres erkennbaren Sinn einer Gesetzesvorschrift. Er hat das richtige Recht zu finden. Er erklärt etwas für Gesetz, was nicht ohne weiteres aus dem Gesetzestext hervorgeht. Er schafft objektives Recht. Es ist daher selbstverständlich, dass diese Normendeutung oder Normenergänzung oder wie man es nennen will, sich dem Rahmen des gesamten Gesetzes einfügen, mit ihm harmonisch verschmelzen muss [1]. Sie darf daher, wo das Gesetz gewisse Anhaltspunkte für die einzuschlagende Richtung enthält, diese Wegweiser nicht ausser Acht lassen. Der Richter muss sich daran halten, wenn er nicht den Vorwurf der Gesetzesumdeutung, Gesetzesänderung auf sich laden will. Aus einer Vielheit solcher Hinweise pflegt denn auch die Doktrin und Praxis auf «Tendenzen» des Gesetzes zu schliessen und die Auslegung in Gemässheit dieser Tendenzen vorzunehmen. Nur wo es gänzlich an ihnen gebricht, darf der Richter nach eigener Einschätzung der Interessen — aber immer noch unter Beobachtung der Gesamtanlage des Gesetzes — entscheiden [2]. Wo aber das Gesetz eine grundsätzliche Stellung bezogen hat, steht dem Richter eine Stellungnahme in abweichendem Sinn keinesfalls zu.

Wenn daher in unserm Fall der Gesetzgeber es grundsätzlich — weil gegen das öffentliche Interesse verstossend — ablehnt, eine Ehe zu annullieren, wenn nicht mit unzweifelhafter Sicherheit ihre Nichtigkeit erwiesen ist, so darf der Richter, wo Zweifel bestehen, ob eine Norm, deren Verletzung die Nichtigkeit zur Folge hat, durch einen bestimmten konkreten Ehevertrag verletzt werde, nicht dahin auslegen, dass diese Norm nun wirklich als verletzt zu betrachten und

---

[1] Vgl. die Interpretationsvorschriften in c. 17—19, sowie die Erklärungen von Jone hiezu. Was für die Auslegung gilt, gilt auch für die Ergänzung von Lücken. Ferner Hilling: Die allgemeinen Normen des CIC (1926) S. 66 ff. Scherrer: Handbuch des Kirchenrechts (1885) I, S. 13 ff. Savigny: System I, S. 206 ff. Bierling: Prinzipienlehre a. a. O., Burckhardt: Lücken S. 88.

[2] Ob man dies noch Auslegung nennen will, spielt hier keine Rolle. Vgl. darüber Bierling a. a. O. S. 274, Burckhardt a. a. O. S. 102.

die Ehe zu annullieren ist. Ebensowenig darf er einzelne Bestimmungen, bei denen es zweifelhaft ist, ob ihre Verletzung die Nichtigkeit zur Folge habe dahin auslegen, dass die Verletzung wirklich diese Wirkung erzeugt. Er würde sonst das Vorhandensein des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung der Ehe für diesen konkreten Fall in Abrede stellen: eine Entscheidung, die ihm gar nicht zusteht. Der Richter darf nicht darüber entscheiden, ob das Interesse an der Aufrechterhaltung vorhanden sei [1]. Darüber entscheidet einzig der Gesetzgeber und, wie wir gesehen haben, ist nicht einmal er in vollem Umfange dazu befugt. Der Richter kann vielmehr nur das Dasein oder Fehlen des öffentlichen Interesses auf Grund eindeutiger Normen konstatieren. Durch die Auslegung mehrdeutiger oder unvollständiger Bestimmungen darf er jedoch nicht im einen oder andern Sinn urteilen. Er hat vielmehr das Interesse an der Aufrechterhaltung so lange anzunehmen, als nicht das Gesetz eindeutig das Gegenteil feststellt. Er hat mit andern Worten die Auslegung gemäss dem Prinzip der Aufrechterhaltung geschlossener Ehen vorzunehmen. Demnach sind ehevernichtende Normen restriktiv, eheerhaltende Normen extensiv auszulegen [2].

Wir ersehen daraus, dass sich die Rechtsgunst als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips auch auf die Auslegung des Gesetzes — und soweit dies in Frage kommt des Vertrages — erstrecken muss. Sie erfasst sowohl die Tat- wie die Rechtsfrage [3]. Sie greift schlechthin in jedem Zweifelsfalle Platz und verlangt die für die Ehe günstigere Entscheidung. Wie weit sie sich ausserdem in positiven Bestimmungen des Eherechts äussert, wird später zu untersuchen sein. Vorläufig können wir zusammenfassend sagen: Die Aufrechterhaltung einer einmal geschlossenen Ehe [4] ist ein Postulat des öffentlichen Interesses. Es findet im positiven Recht seinen Ausdruck darin, dass die Ehe sich einer besondern Rechtsgunst erfreut. Infolgedessen ist auch im Zwei-

---

[1] Anders verhält es sich bei Richtersprüchen der höchsten kirchlichen Autorität; denn diese entsprechen einer authentischen Interpretation, allerdings nur mit Geltung für den Einzelfall (c. 17 § 3).

[2] In diesem Sinn gilt hier die Rechtsregel: odia restringi et favores convenit ampliari. Von mehreren passenden Rechtssätzen wird auch stets der ehegünstigere anzuwenden sein.

[3] Dies geht jetzt auch eindeutig aus Artikel 172 Instr. hervor.

[4] Wie schon im Texte bemerkt wurde, bezieht sich das Gesagte ausschliesslich auf kanonische Ehen, d. h. Ehen zwischen Getauften. Die Ehe Ungetaufter wird zugunsten des Glaubens aufgelöst, wenn ein Ehegatte sich der Taufe unterzieht und hierauf eine neue Ehe eingeht. Im Zweifel spricht für die Freiheit des getauften Teils vom früheren Eheband eine ähnliche Vermutung wie sie c. 1014 für die Gültigkeit der Ehe aufstellt (vgl. cc. 1120 bis 1127).

fel für die Gültigkeit einer angefochtenen Ehe zu entscheiden. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um ein dubium iuris oder facti handelt. Der favor matrimonii fordert immer die mildere Entscheidung.

B. Die Rechtsgunst als Funktion des öffentlichen Interesses bei der Zivilehe

§ 5. Privatautonomie und öffentliches Interesse

Wenden wir uns nun dem schweizerischen Zivilrecht zu! Können wir auch hier von einem favor matrimonii als ultima ratio sprechen? Von einer Rechtsgunst, die im Zweifel schlechthin immer die für die Ehe günstigere Entscheidung verlangt?

Eine dem c. 1014 analoge Bestimmung findet sich im ZGB nirgends. Es wird nirgends ausdrücklich auf die Wünschbarkeit einer Aufrechterhaltung der geschlossenen Ehe hingewiesen [1]. Im Gegenteil. Die Anerkennung der Ehescheidung (Art. 137 ff.) lässt zunächst nicht auf eine besonders ehefreundliche Einstellung des Gesetzgebers schliessen. Jedenfalls scheint es zweifelhaft, ob der Gesetzgeber ein öffentliches Interesse am Bestand der Ehe anerkennt. Denn es ist durchaus nicht gesagt, dass das Interesse, welches die Oeffentlichkeit an der Ehe nimmt, über die Forderung nach Rechtssicherheit hinausgeht.

Aber prüfen wir vorerst die Frage, ob die Ehe überhaupt ein Institut von öffentlichem Interesse sei! Nach Art 117 wird die Ehe geschlossen durch «beidseitige Zustimmung» der Brautleute. Also durch Konsenserklärung, durch Vertrag. Die Ehe ist auch nach dem ZGB ein Vertrag [2]. Die Parteien bestimmen, ob und wann sie die Ehe schliessen wollen. Ohne ihren Konsens keine Ehe. Anderseits geht aus dem Wortlaut desselben Artikels unzweideutig hervor, dass der nackte, formlose Konsens an sich rechtlich belanglos ist; dass ein zweites, von der Parteiwillkür unabhängiges Moment hinzutreten muss: Die Erklärung eines staatlichen Organs, nämlich des Zivilstandsbeamten, dass die Zustimmung der Brautleute zur Ehe erfolgt und daher die «Ehe kraft des Gesetzes geschlossen sei». Der Vertragsschluss wird infolgedessen, wie Egger sich ausdrückt [3], zu einem «öffentlichrechtlichen Gestaltungsakt». Das besagt nun in Bezug auf das öffentliche Interesse allerdings nicht mehr, als dass der Rechts-

[1] Andeutungsweise allerdings Art. 146 Abs. 2

[2] Vgl. Tuor S. 129, Egger: Vorbem. zum 3. Abschnitt Nr. 3, Gmür: Vorbem. zum Eherecht, Ziff. 5.

[3] Egger a. a. O. Nr. 1 und 3c; Gmür Ziff. 4 zu Art. 117.

sicherheit wegen heimliche, d. h. rein private Eheschlüsse unerwünscht sind; ein Gedanke, dem auch der vorhergehende Artikel 116 Rechnung trägt. Das wesentliche, das konstitutive Moment ist der Konsens. Er ist nicht blosse Anmeldung der Eheabsicht [1], sondern er ist der Eheschluss selbst. Die Deutlichkeit des Gesetzes lässt hier nicht zu wünschen übrig («. . . durch diese beidseitige Zustimmung») [2]. Aber der Vertrag wird nur rechtswirksam, wenn er in der gesetzlichen Form (durch die Erklärung des Beamten) promulgiert wird.

Der Inhalt des Konsenses wird im Gesetz nirgends umschrieben. Ebenso fehlt eine Legaldefinition der Ehe selbst. Die Kontrahenten müssen eine «Ehe» eingehen wollen — mehr sagt das Gesetz nicht. Die negativen Voraussetzungen des Ehewillens (Art. 123—126) geben keine Auskunft über den Vertragsinhalt, noch darüber, wie weit der Konsens diesen erfassen müsse [3]; sie beziehen sich lediglich auf die in der Person der Kontrahenten liegenden innern [4] Bedingungen des Konsenses. Der Wissenschaft und Praxis bleibt es überlassen, eine Umschreibung dessen zu finden, was landesüblicherweise unter Ehe verstanden wird, oder was kraft positiven Rechts darunter verstanden werden soll [5]. Wichtig für uns ist der Umstand, dass durch diese knappste Formulierung des Vertragsinhaltes («Ehe») der Kontrakt völlig der Parteiwillkür entzogen wird. Der Beamte hat die Parteien nicht darüber zu konsultieren, welche Rechte und Pflichten sie mit ihrem Konsens zur Entstehung bringen wollen und dementsprechend dann seine Erklärung zu formulieren, sondern er hat sie ausschliesslich zu fragen, ob sie «die Ehe» unter einander eingehen wollen. Eine Modifizierung des Vertragsinhaltes von Seiten der Parteien ist somit ausgeschlossen. Ebenso wie die Bestimmung des Vertragsinhalts, ist das Beifügen einer Bedingung den Parteien versagt [6]. Bei Schweigen des Gesetzes und völliger Einstimmigkeit der Doktrin in dieser Hinsicht, besteht hierüber trotz Art. 7 [7] kaum Zweifel [8].

---

[1] Dies war z. B. nach ZivStG Art. 39 der Fall, vgl. darüber C. Chr. Burckhardt: Erfordernisse der Eheschliessung S. 274.

[2] Vgl. Tuor S. 131.

[3] Vgl. oben S. 15.

[4] Im Gegensatz zu äussern Umständen, die gegeben sein müssen, um eine gültige Konsensabgabe zu ermöglichen (Fehlen von Hindernissen, Ehefähigkeit).

[5] Danach legt das BG z. B. das Gesetz dahin aus, dass der Ehewille sich nicht auf das eheliche Zusammenleben zu beziehen brauche, vgl. BGE 48 II S. 187.

[6] Eine Auslegung des Rechtsgeschäfts kommt hier somit überhaupt nicht in Frage, vgl. oben S. 23.

[7] Wie Giesker-Zeller (ZSR Nr. 30 S. 123 ff) nachweist, bezieht sich Art. 7 auch auf «Die besonderen Verhältnisse bei Obligationen».

[8] Vgl. Egger Nr. 2a zu Art. 117; Gmür Ziff. 3 zu Art. 90.

Es ist somit die private Bestimmungsfreiheit noch mehr beschnitten als im kanonischen Recht. Sobald der Konsens geäussert ist, wird das Geschäft der Sphäre des Individuums entrückt und vom zwingenden Recht erfasst. Angesichts dieser äussersten Beschränkung der Privatwillkür, dem Ueberwiegen des öffentlichrechtlichen [1] Elementes, spricht denn auch das Gesetz nie von der Ehe als einem Vertrag, verwendet die Bezeichnung Ehevertrag vielmehr in einem ganz andern Sinn (Art. 179). Die juristischen Momente eines Privatvertrags sind nur soweit vorhanden als es sich um die (innern) Bedingungen [2] des Konsenses, nicht aber soweit es sich um den Inhalt dieses Konsenses handelt.

Aber auch die übrigen Gültigkeitsrequisiten weichen von denen bei andern Rechtsgeschäften entschieden ab. Es genügt nicht die blosse Handlungsfähigkeit (Art. 12 ff.), es müssen vielmehr gewisse vom Gesetz normierte Bedingungen erfüllt sein. Das ZGB umschreibt dieselben im Gegensatz zum CIC nicht einheitlich negativ als Hindernisse, sondern unterscheidet positiv Ehefähigkeit (Art. 96—99), negativ Ehehindernisse (Art. 100—104) [3]. Wir können aber jeden äussern Grund, aus dem der Beamte die Trauung verweigern muss, Ehehindernis nennen. Auch in dieser Hinsicht wird eine Beschränkung der Privatautonomie vorgenommen, macht sich mit andern Worten das öffentliche Interesse geltend.

Diese Zurückdrängung der Einzelinteressen und Hervorhebung, Betonung, Sicherung des Allgemein-Interesses erscheint aber auch durchaus gerechtfertigt angesichts der bedeutenden Stellung der Ehe im schweizerischen sozialen Leben. Es ist hier nicht anders als im kanonischen Recht das bonum prolis, das bonum fidei, das den Gesetzgeber zu direktem Eingreifen in die Privatsphäre veranlasst. Denn wenn man ein Gemeinwesen auf der Familie aufbaut, wie dies bei uns der Fall ist, so stellt man damit die Ehe in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses und kann sie daher nicht zufälligen Machinationen von Privaten aussetzen. Es geht dies nicht in sozialer und es geht dies nicht in sittlicher Beziehung an.

§ 6. Oeffentliches Interesse und Scheidung

Wir wagten es, zwei Glieder eines kanonischen Begrifftrios auf das ZGB zur Anwendung zu bringen und sind nun genötigt, auch den

---

[1] Vgl. oben S. 25, Anm. 2.

[2] Diese sind ebenfalls enger umgrenzt als bei andern Rechtsgeschäften (vgl. OR Art. 23 ff. mit ZGB Art. 124 ff.).

[3] Hierbei interessieren uns nur die trennenden Hindernisse, da nur sie die Ungültigkeit zur Folge haben.

dritten dazugehörenden Begriff heranzuziehen und im Lichte des schweizerischen Rechts zu betrachten: Das bonum sacramenti. Natürlich nur soweit ein Vergleich überhaupt möglich, ein tertium comparationis überhaupt gegeben ist; d. h. hier soweit es sich um das iuristische Moment, um die Unauflöslichkeit handelt.

Denn wir stellen uns ja die Frage, ob das öffentliche Interesse auf die Aufrechterhaltung der Ehe gerichtet sei, oder ob es nur auf eine gleichmässige, einheitliche und daher sichere Regelung des Eherechts gehe.

Es scheint aber, dass ein öffentliches Interesse am Bestand der Ehe dann nicht vorhanden sei, wenn der Gesetzgeber die Auflösung einer rechtsgültigen, einwandfreien Ehe zulässt; wenn er eine Scheidung von Ehen gestattet, die den gesetzlichen Anforderungen genügen. Und diese Scheidung anerkennt das ZGB. Es kann danach eine Ehe beseitigt werden, auch wenn sie an keinem Ungültigkeitsgrund (Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund) leidet. Selbstverständlich wird auch nach ZGB eine Verbindung gelöst, wenn — was hiezu unbedingt notwendig ist [1] — der Richter deren Ungültigkeit feststellt. Aber dies verträgt sich durchaus mit dem öffentlichen Interesse am Bestand der gültigen Ehe, was wir angesichts unserer Erörterungen über das kanonische Recht nicht mehr darzutun brauchen. Anders aber verhält es sich doch wohl, wenn die Ehe rechtsgültig ist und eine Auflösung dennoch erfolgt. Lässt sich dies mit einem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehen vereinbaren?

Wir müssen ausgehen von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Ehescheidung und Annullierung, um zu erkennen, dass auch erstere das Allgemeininteresse an der Konstanz der Ehe nicht ausschliesst.

Nach ZGB wird eine Ehe geschieden, wenn einer der in Art. 137 bis 141 genannten gesetzlichen Scheidungsgründe vorliegt. Es ist dies aber nicht eine erschöpfende Aufzählung der Gründe, aus denen geschieden wird. Vielmehr kann jeder Umstand zur Scheidung führen, wenn er die in Art. 142 geforderte, für jede Scheidung unerlässliche [2] Voraussetzung bewirkt: «Eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf». Die Ehe wird also geschieden, wenn sie zerrüttet ist. Die Zerrüttung ist die Voraussetzung der Scheidung. Die Zerrüttung ist aber auch der Grund der Scheidung. Warum dies? Weil die zerrüttete Ehe nicht mehr Gegenstand des öffentlichen Interesses ist.

---

[1] Vgl. Egger: Vorbem. zum 4. Abschnitt Nr. 2a.

[2] Vgl. Gmür Ziff. 6 zu Art. 142. Briner §§ 36 ff. bezüglich ZivStG vgl. Egger: Vorbem. zur Ehescheidung Nr. 4b.

Die zerrüttete Ehe erfüllt ihren Zweck nicht mehr. Sie wird ihren sozialen und sittlichen Aufgaben nicht mehr gerecht. Sie erregt vielleicht Aergernis. Sie führt möglicherweise zu höchst bedenklichen und unerwünschten Nebenerscheinungen. Sie kann für das Gemeinwesen eine Last werden, indem sie z. B. vormundschaftliche Massnahmen notwendig macht, und sie schadet dem Ansehen der Ehe als solcher. Aus diesem Grund besteht kein öffentliches Interesse an ihrem Weiterbestand. Das ist unseres Erachtens der Grundgedanke [1].

Dass dabei auf das Moment der Zumutbarkeit [2] abgestellt wird, ist nicht als Konzession an die Parteien aufzufassen [3], sondern als Masstab für die Beurteilung der Zerrüttung. Erkennt der Richter, dass eine Fortsetzung der Gemeinschaft schlechterdings (d. h. objektiv) nicht mehr zumutbar ist, dann ist die Zerrüttung so tief, dass auch die Oeffentlichkeit kein Interesse mehr am Bestand des faulen Verhältnisses nimmt. Grundlegend ist, wie gesagt, der Gedanke, dass eine Ehe, die innerlich gegenstandslos geworden ist und daher weder sozial noch sittlich mehr wertvoll erscheint, auch rechtlich keines Schutzes mehr bedarf. Aus diesem Grund trennt auch das kanonische Recht, das in Ehesachen äusserst streng denkt, solche Verbindungen. Es löst sie nicht dem Bande nach auf, denn dies ist ihm unmöglich, aber es trennt die Gemeinschaft [4].

Allerdings wird etwa geltend gemacht, die Zulassung der Ehescheidung sei ein Ausfluss individualistischer Anschauungen. Wir bestreiten dies vom historischen Standpunkt aus keineswegs, wenigstens nicht für das ZGB. Möglich, dass der Gesetzgeber mit dem Gedanken der Menschenrechte operiert. Aber es ist (rein konstruktiv gesehen) dieser Gedanke nur solange für ihn interessant, als er sich mit den Forderungen des Allgemeinwohls vereinbaren lässt. Wo dies nicht mehr der Fall ist, muss er die individuelle Freiheit zugunsten des Allgemeininteresses beschränken oder unterdrücken. Denn er ist per definitionem Hüter des öffentlichen Interesses.

Die Zulassung der Ehescheidung und der Umfang, in welchem diese Zulassung erfolgt, hängt vielmehr immer einerseits ab von der grundsätzlichen Bewertung der Ehe als Institut des sozialen Lebens, anderseits von der sozialen Wirkung, welche man der Ehescheidung

---

[1] Vgl. Gmür, a. a. O. Ziffer 34: «Eine faule und zerrüttete Ehe ist übrigens auch für die Gesamtheit ein Unsegen». Egger a. a. O. Nr. 4. a: «. . . anderseits der Mangel jeden staatlichen Interesses an der Aufrechterhaltung einer wirklich tief zerrütteten Ehe».

[2] Vgl. Gmür a. a. O. Ziffer 9 ff., Egger Nr. 4 zu Art. 142.

[3] Wenn es eine solche ist, so steht sie mindestens mit dem öffentlichen Interesse in Einklang. Vgl. Egger Nr. 4 c. zu Art. 124.

[4] C. 1128 ff.

zuschreibt. Der Gesetzgeber kann nun in der Scheidung die Gefahr einer Bevölkerungsschrumpfung erblicken, er kann sich aber auch auf den bekannten naturrechtlichen Standpunkt stellen: «Bei der Scheidung muss man gar nicht zu difficil sein; sonsten hindert das die Population» [1].

Aber immer wird der Gesetzgeber die Frage unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses beurteilen. Wir können daher de lege lata nicht sagen, es würden private Interessen gegenüber öffentlichen geschützt [2]. Höchstens ist aus gewissen Umständen zu schliessen, dass bestimmte öffentliche Interessen zugunsten anderer öffentlicher Interessen verdrängt werden. Werden dagegen private Interessen geschützt, so heisst dies entweder, dass kein öffentliches Interesse entgegensteht, oder aber, dass die geschützten Privatinteressen mit einem öffentlichen Interesse parallel laufen, das stärker ist als das entgegenstehende.

Jedenfalls halten wir an unserer Ansicht fest, dass das ZGB eine Scheidung erst zulässt, wenn die Ehe des öffentlichen Interesses entbehrt, und dass es hiefür als objektiven Masstab die qualifizierte tiefe Zerrüttung hinstellt.

Von einem ganz entgegengesetzten Standpunkt aus erfolgt die Annullierung der Ehe. Diese findet statt, wenn eine Verbindung der rechtlichen Sanktion entbehrt. Es kann dabei das tatsächliche Verhältnis völlig intakt und vom ethischen und sozialen Gesichtspunkt aus sogar sehr wertvoll sein. Die Verbindung ermangelt aber der gesetzlichen Voraussetzungen, wird rechtlich nicht anerkannt und muss daher aus der Welt geschafft werden. Während es sich bei der Scheidung um das Beseitigen von sozial wertlosen Ehen handelt, bedeutet die Ungültigerklärung die Unterdrückung von rechtlich unzulässigen Verhältnissen. Im einen Fall fehlt das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung, weil die Ehe ihren sozialen Zweck nicht erfüllt, im andern, weil sie der rechtlichen Grundlage entbehrt.

Das Gesetz erteilt einer Verbindung nur dann die rechtliche Sanktion, wenn sie gewissen tatsächlichen Voraussetzungen entspricht. Wird sie geschlossen, ohne diese Bedingungen zu erfüllen, so besitzt sie die rechtliche Sanktion nur dem Schein nach, ist in Wirklichkeit keine Ehe im Rechtssinn [3], und es wird dieser Mangel bei seinem Be-

---

[1] Kabinettsorder Friedrichs des Grossen vom 22. Mai 1783 an den Regierungspräsidenten von Magdeburg (zit. bei Briner S. 4). Die gleiche Gegensätzlichkeit der Anschauungen besteht natürlich auch hinsichtlich der sittlichen Wirkungen. Vgl. Egger: Vorbem. zur Ehescheidung Nr. 4a.

[2] Ausnahmen sind möglich, wenn einzelne Bestimmungen offensichtlich auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen sind.

[3] Davon zu unterscheiden ist die rechtlich überhaupt irrelevante Nichtehe. Hierüber unten.

kanntwerden durch die Ungültigerklärung festgestellt. Ist die Ehe aber einmal vom Recht anerkannt, d. h. eine Ehe im Rechtssinn, so ist sie damit zu einem Gegenstand des öffentlichen Interesses geworden, zu einem wesentlichen Faktor des sozialen Lebens und hat als solcher eine ganz bestimmte Stellung und einen ganz bestimmten Aufgabenkreis. Es werden ihr diese Pflichten gewissermassen von der Allgemeinheit übertragen; und damit sie dieselben erfüllen kann, verleiht ihr der Staat den gesetzlichen Schutz. Wird sie aber diesen Aufgaben nicht mehr gerecht, so hat die Oeffentlichkeit kein Interesse mehr an ihrem Bestand. Sie ist zwar ein rechtlich anerkanntes Gebilde, ein Rechtverhältnis [1], aber die Oeffentlichkeit nimmt kein Interesse an ihr.

Sie erfüllt dann ihre sozialen Funktionen nicht mehr, ist kein wesentlicher Faktor des sozialen Lebens mehr. Den Privaten wird es daher anheimgestellt, ob sie das Verhältnis aufrecht erhalten wollen oder nicht. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob der Umstand, dessen Vorliegen die Ehe des öffentlichen Interesses beraubt, schon vor deren Eingehung, d. h. vor der rechtlichen Sanktion des tatsächlichen Verhältnisses bestanden hat, oder ob er — was die Regel sein wird — erst nachträglich auftritt. Auch wenn der betreffende Grund schon vor dem Eheschluss vorhanden ist, wird die Verbindung durch das Recht gutgeheissen, wenn keine der notwendigen Voraussetzungen fehlt (d. h. kein Ungültigkeitsgrund gegeben ist). Denn die Gründe, die einer bestehenden Ehe das öffentliche Interesse entziehen, erklären sich aus den (tatsächlichen) Wirkungen, welche die Oeffentlichkeit von einer Ehe erwartet, und über diese kann vor dem Existieren der Ehe überhaupt nicht geurteilt werden: bevor die Ehe geschlossen ist, erzeugt sie (als Ehe im Rechtssinn) noch keine Wirkungen.

Es geschieht also auch aus ganz verschiedenen Motiven, wenn der Gesetzgeber sowohl über die Geltendmachung der Scheidungs- als auch gewisser Ungültigkeitsgründe (Willensmängel) [2] den Ehegatten das Entscheidungsrecht einräumt. Eine Verwandtschaft zwischen diesen Gründen besteht nicht. Scheidung und Ungültigerklärung beruhen auf ganz verschiedener Grundlage. Aber ebensowenig wie durch die Ungültigerklärung rechtswidriger Ehen, wird durch die Scheidung «zweckwidriger» Ehen das öffentliche Interesse am Bestand der gültigen und «zweckentsprechenden» Ehe verletzt (wenn ein solches überhaupt besteht).

---

[1] Denn das Rechtsverhältnis bleibt bestehen, weil es durch Vertrag, im Rahmen der den Parteien eingeräumten Rechtssetzungsfreiheit begründet wurde.

[2] Die Konsensmängel können nur von den Ehegatten selbst sowie in beschränktem Masse von den Eltern oder dem Vormund eines Gatten geltend gemacht werden (Art. 123 ff.). Näheres vgl. unten.

§ 7. Das Prinzip der Aufrechterhaltung

Wenn das ZGB im Gegensatz zum CIC die Ehe dem Bande nach auflöst und nicht nur die tatsächliche Verbindung trennt [1], so erklärt sich dies ohne weiteres aus der verschiedenen Situation der Gesetzgeber: Der kirchliche Gesetzgeber kann die rechtsgültige Ehe nicht mehr auflösen; denn er ist durch das göttliche Recht gebunden [2]. Der zivile Gesetzgeber anerkennt diese Schranke nicht, fühlt sich autonom und kann daher auch Rechtsverhältnisse, die er zur Entstehung bringen lässt, wieder lösen oder durch die Rechtssubjekte lösen lassen.

Diese letzte Befugnis, d. h. die Aufhebung bestehender Rechtsverhältnisse durch die beteiligten Personen, wird aber der Gesetzgeber immer nur dann einräumen, wenn kein öffentliches Interesse am Bestand des betreffenden Rechtsverhältnisses vorhanden ist. Sobald ein Allgemeininteresse gegeben ist, wird die Privatwillkür ausgeschaltet [3], der Gesetzgeber nimmt die Sache selbst in die Hand. Denn nur er und nicht der Private darf darüber entscheiden, wann ein öffentliches Interesse vorliegt, bezw. wann der Bestand eines Rechtsverhältnisses nicht oder nicht mehr im öffentlichen Interesse liegt [4]. Ist daher der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines Rechtsverhältnisses gelegen, so wird es nicht dem Gutdünken der Parteien, d. h. dem Zufall überlassen, ob und wann das Verhältnis zu lösen sei. Der Gesetzgeber stellt durch zwingende Normen fest, in welchem Fall das öffentliche Interesse eine Aufrechterhaltung nicht mehr erheischt. So auch bei der Ehe.

Die einmal geschlossene Ehe kann durch die Parteien nicht mehr nach Belieben aufgelöst werden, sondern nur noch, wenn sie an einem

---

[1] Auch das ZGB kennt neben der Scheidung das Institut der Trennung (Art. 146 ff.).

[2] Der kirchliche Standpunkt wird durch das auf göttlichem Recht beruhende Verbot der Ehescheidung einerseits und das Institut der Trennung anderseits charakterisiert. Er lässt sich dahin formulieren, dass zwar einerseits die zerrüttete Verbindung als für die Gesellschaft wertlos oder sogar schädlich betrachtet und daher das tatsächliche Verhältnis durch Trennung aufgehoben wird, dass aber anderseits mit Rücksicht auf das Institut der Ehe selbst eine Auflösung des rechtlichen Bandes zwischen den Ehegatten nicht zugelassen wird. D. h. dem göttlichrechtlichen Verbot der Auflösung dem Bande nach entspricht seitens des kirchlichen Gesetzgebers eine vom Zivilrecht abweichende Einschätzung der Gefahr, welcher das Institut als solches durch die Ehescheidung ausgesetzt wäre. (Allerdings wurden und werden Befürchtungen dieser Art betreffend die Ehescheidung auch hinsichtlich des Zivilrechts geäussert).

[3] Vgl. oben S. 25, Anm. 2.

[4] Praktisch wird allerdings oft der auslegende Richter hierüber entscheiden; vgl. Huber Erläuterungen S. 153.

Ungültigkeitsgrund leidet oder so tief zerrüttet ist, dass sie sozial wertlos erscheint und daher kein öffentliches Interesse an ihrem Bestand mehr vorliegt.

Wir schliessen also aus dem Umstand, dass die Ehe nur beseitigt wird, wenn sie entweder rechtswidrig oder sozial wertlos, nicht aber, wenn sie den Parteien aus einem andern Grund überdrüssig geworden ist, dass ein öffentliches Interesse am Bestand der rechtsgültigen, «zweckentsprechenden» Ehe vorhanden ist. Oder: weil die Allgemeinheit nach der Meinung des Gesetzgebers ein Interesse am Bestand von rechtsgültigen, ihren sozialen Aufgaben genügenden Ehen besitzt, so soll der Private solche Ehen nicht auflösen können; solche Verbindungen sollen grundsätzlich nicht aufgelöst werden.

Der Gesetzgeber erblickt somit in der Ehe eine vom Willen der Ehegatten weitgehend unabhängige, über den persönlichen Interessen stehende, soziale und rechtliche Institution [1]; ein qualifiziertes Verhältnis, dessen Auflösung nur ausnahmsweise, d. h. nur beim Vorliegen bestimmter, gesetzlich normierter Bedingungen in Frage kommt. Das bedeutet aber, dass der Gesetzgeber der Ehe als sozialer und rechtlicher Ordnung überhaupt einen besonderen Wert beimisst. Die Ehe als solche — unabhängig von der Frage rechtlicher Gültigkeit und sozialer Zulänglichkeit — ist somit Gegenstand des öffentlichen Interesses und daher besondern gesetzlichen Schutzes würdig. D. h. der gesetzliche Schutz, den wir zunächst im Ausschluss der Privatautonomie zu erkennen glauben, ist prinzipieller Natur. Er bezieht sich auf die Ehe als solche, auf die Ehe schlechthin; zunächst ohne Rücksicht auf die tatsächliche und rechtliche Beschaffenheit der einzelnen konkreten Verbindung. Wenn wir daher unter Anspielung auf die Ausnahmen sagten, der Bestand der rechtsgültigen, «zweckentsprechenden» Ehe liege im öffentlichen Interesse, so können wir jetzt unpräjudizierlich sagen, die Allgemeinheit besitze ein Interesse am Bestand der Ehe (schlechthin), und daher werde die Ehe, soweit dies irgend möglich ist, aufrecht erhalten: Mit andern Worten, es ist ein Prinzip des ZGB die Ehe nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten; ein Grundsatz, dessen positivrechtliche Verwirklichung wir im Anschluss an das kanonische Recht als Rechtsgunst, als favor matrimonii bezeichnen können. Denn jede dem Prinzip gemässe legislatorische Massnahme bedeutet eine Begünstigung der Ehe.

§ 8. Die Anwendung des Grundsatzes durch die Rechtsprechung

Wir fragen uns, welche Bedeutung solchen nicht ausgesprochenen, nur latent vorhandene Prinzipien zukommt?

[1] Vgl. Briner S. 6.

Gelangt man, wie es soeben geschehen ist, durch Schlussfolgerung zur Ueberzeugung, dass das Gesetz wirklich von dem betreffenden Grundsatz beherrscht wird, so stempelt man ihn damit zum Willen des Gesetzgebers, zum Sinn des Gesetzes. Dann ist er aber positives Recht und daher anzuwenden [1]. Dabei ist zu beachten, dass bei unserem Grundsatz, in Abweichung von andern allgemeinen Prinzipien des Gesetzes, wohl kaum eine direkte, sondern bloss eine indirekte Anwendung in Frage kommt [2]. Direkt nennen wir die Anwendung, wenn das Prinzip selbst als Norm genommen, und der konkrete Tatbestand darunter subsumiert wird; indirekt, wenn die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen unter dem Gesichtswinkel des allgemeinen Prinzips erfolgt, oder wenn aus dem Prinzip, in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen, eine Norm für den konkreten Fall abgeleitet wird.

Eine solche indirekte Anwendung auf dem Wege zur Auslegung einzelner vorhandener Normen, ist der Richter gezwungen vorzunehmen. Er muss die Grundsätze des Gesetzes aufsuchen und anwenden, auch wenn sie im Gesetz nicht ausdrücklich genannt sind. Eine Nichtbeachtung von aus dem Gesetz sich ergebender Rechtssätze macht der Rechtsverletzung schuldig (OG Art. 57, Abs. 2) [3]. Allerdings besteht nie unbedingte Gewissheit über das Vorhandensein derartiger Grundsätze. Aber wenn theoretische und praktische Erwägungen für deren Existenz sprechen und zudem die Anwendung vernünftige Resultate zeitigt, so erschiene es bedenklich, im konkreten Fall einen abweichenden Standpunkt einzunehmen und damit eine Lösung zu suchen, die für den Einzelfall vielleicht zutreffen würde, für die Regel sich aber nicht ohne Widerspruch gebrauchen liesse.

Dasselbe gilt auch für die Ergänzung von Lücken. Solange noch ein allgemeiner Grundsatz vorhanden ist, kann man überhaupt nicht von einer Lücke sprechen. Es existiert eben die höhere Norm, das Prinzip. Der Richter muss jedoch, um dasselbe anzuwenden, daraus eine für den betreffenden Fall passende Spezialbestimmung ableiten. Von freier Rechtsfindung im Sinne des Art. 1, Abs. 2 kann hier noch keine Rede sein. Denn auch das Prinzip gehört zum Gesetzesinhalt,

[1] ZGB Art. 1, Abs. 1. Dazu ausführlich Gmür, Anwendung S. 37 ff., 62 ff.

[2] Die Einzelbestimmung dagegen kann nur direkt angewandt werden; denn sie bezieht sich nur auf einen einzelnen bestimmten Tatbestand oder auf eine einzelne bestimmte Tatbestandsgruppe. Die analoge Anwendung führt über ein höheres Prinzip, einen unausgesprochenen Grundsatz. Vgl. Gmür a. a. O. S. 65.

[3] Vgl. oben S. 33. Ferner Huber: Erläut. S. 25 ff. und Gmür a. a. O.

und die Deduktion einer Spezialnorm ist nichts als eine Form der Gesetzesauslegung [1].

Legen wir daher dem ZGB das Prinzip der Aufrechterhaltung zugrunde, so gelangen wir hinsichtlich der Interpretation zu denselben Resultaten, wie wir sie für das kanonische Recht festgestellt haben: Ehefreundliche Auslegung des Gesetzes im allgemeinen und extensive Auslegung ehefreundlicher, restriktive Auslegung ehefeindlicher Normen im besondern [2]. Es heisst dies aber immer nur, dass dem Gesetz kein ehefeindlicher Sinn innewohnt, und deshalb im Zweifel auch ein solcher nicht hineininterpretiert werden darf. Steht der Sinn einer Textstelle eindeutig fest, besteht volle Klarheit darüber, welche Bestimmung anzuwenden ist etc., d. h. herrscht kein Zweifel (in der Rechtsfrage), so ist ein Rückgriff auf das Prinzip nicht nur überflüssig, sondern er wäre unter Umständen auch unzulässig: wenn nämlich dadurch der Sinn einer Norm verändert würde.

Dagegen ist, wie bereits angedeutet, das Prinzip wohl kaum einer direkten Anwendung fähig. Das Prinzip als Norm genommen bedeutet lediglich, dass die Ehe aufrecht zu erhalten ist, solange aus den gegebenen Tatsachen nicht ihre Ungültigkeit oder Zerrüttung eindeutig hervorgeht. Dies hängt jedoch immer davon ab, ob eine bestimmte, ehevernichtende Vorschrift anzuwenden sei oder nicht. D. h. je nach dem Tatbestand kommt die eine oder andere Norm — deren Sinn die Auslegung ermittelt hat — zur Anwendung. Je nachdem der Richter Tatsachen als bewiesen gelten lässt oder nicht, kommt diese oder jene Bestimmung in Frage. Betrachtet daher der Richter Tatsachen als bewiesen, deren Existenz die Anwendung einer ehevernichtenden Norm notwendig macht, so steht eben fest, dass die betreffende Ehe ungültig (zerrüttet [3]) ist, und umgekehrt. Man könnte sich

---

[1] Allerdings stellt die Anwendung eines solchen Prinzips immer ein Stück «freie Rechtsfindung» dar. Mit der rein logischen Subsumption ist es nie ausschliesslich getan. Es bedarf immer eines Zweckmässigkeitsurteils. Aber eine solche Entscheidung ist wohl überhaupt bei jeder Rechtsanwendung, d. h. auch bei der direkten Anwendung einzelner Bestimmungen unerlässlich. Denn es wird sich kaum eine Norm finden, die sich ohne jede Auslegung anwenden lässt; und jede Auslegung ist subjektiv gefärbt und erfolgt unter teleologischen Gesichtspunkten. Der Unterschied zur eigentlichen «freien Rechtsfindung» liegt darin, dass die Anwendung von einzelnen Bestimmungen oder Prinzipien sich eben innerhalb des logisch möglichen Rahmens bewegt, den die Bestimmung bezw. das Prinzip abgibt, während die «freie Rechtsfindung» sich ohne solchen gegebenen Rahmen behelfen muss. Vgl. Burckhardt: Lücken S. 81, Gmür a. a. O. S. 69 ff., 100 ff., Jung: Logische Geschlossenheit S. 139 ff.

[2] Vgl. oben S. 34.

[3] Der Einfachheit halber und weil einzig unser Thema betreffend, erwähnen wir von nun an nur noch die Ungültigkeit.

allerdings fragen, ob das Prinzip nicht an sich schon eine Präsumption für die Gültigkeit enthalte, sodass bei Tatsachenzweifeln dasselbe Anwendung fände.

Bei Zweifeln in der Rechtsfrage trifft dies, wie soeben festgestellt wurde, zu. Denn die Bedeutung des Prinzips liegt praktisch darin, dass das Gesetz von sich aus nichts unternimmt, was die Beseitigung bewirken könnte, sondern es rein passiv [1] von der Gestaltung der Tatsachen abhängen lässt, ob die Ehe dahinfalle oder nicht. Daher entspricht es durchaus dem Prinzip, wenn man im Zweifel dem Gesetz den milderen Sinn unterlegt. Dagegen würde man damit bei der Tatfrage über das Ziel des Prinzips hinausschiessen. Wir haben schon anhand des kanonischen Rechts festgestellt, dass eine Präsumierung von ehegünstigen Tatsachen im Zweifelsfall gegenüber der prinzipiellen Rechtsgunst, wie sie die Ehe als solche geniesst, ein Plus darstellt, ein Mehr, das sich nur aus gesetzgebungspolitischen Gründen erklären lässt [2]. Und zwar deshalb, weil damit die Verteilung der Beweislast festgelegt und demzufolge in gewissem Sinn die richterliche Ueberzeugungsbildung und Beweiswürdigung beeinflusst wird [3].

Das kanonische Recht kennt eben die Institution des unbestimmten Urteils. Ein solches ist aber in Ehesachen untunlich. Da aber der kirchliche Richter im Zweifel über die Sachlage, d. h. bei mangelnder moralischer Gewissheit keinen bestimmten Spruch fällen darf, so muss der Gesetzgeber ihm mit einer Präsumption unter die Arme greifen, die ihm Ersatz bietet für die fehlende Ueberzeugung.

Es bedarf eines positiven Rechtssatzes, der bestimmt, dass ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand (die Gültigkeit) als bewiesen angenommen werden soll.

Im Zivilrecht erübrigt sich aber die Frage nach einer Gültigkeitspräsumption, weil sich schon aus der materiellen Rechtslage ergibt, dass im Zweifel immer zugunsten der Ehe entschieden werden muss [4].

---

[1] D. h. das Gesetz sieht keine Möglichkeit für eine willkürliche Auflösung der Ehe vor.

[2] Vgl. oben S. 20.

[3] Durch die Verteilung der Beweislast wird die Beweiswürdigung in dem Sinne beeinflusst, dass bei mangelndem Beweis zuungunsten desjenigen zu entscheiden ist, der die Beweislast trägt. Eine Rechtsvermutung ist nun schlechthin immer Beweislastregel und greift daher auch immer in die Sphäre der Beweiswürdigung ein.

[4] Es wäre dies nur möglich bei einer Klage auf Feststellung des Eheschlusses. Da würde aber auch mit einer Gültigkeitspräsumption nicht geholfen sein. Denn es ginge dort gar nicht um die Frage der Rechtsgültigkeit, sondern um die Frage der Rechtserheblichkeit (des Verhältnisses): ohne Eheschluss wird eine Verbindung gar nicht vom Recht erfasst, kann also weder gültig noch ungültg sein (hierüber unten).

Denn, wie wir festgestellt haben, ist eine Annullierung nur zulässig, wenn einer der gesetzlichen Beseitigungstatbestände (Ungültigkeitsgründe) vorliegt. Solange dieser Tatbestand nicht bewiesen ist, muss die Klage abgewiesen werden [1]. Solange der Richter sich also nicht vom Ungültigkeitstatbestand zu überzeugen vermag, d. h. solange er zweifelt, darf er die Klage nicht zusprechen. Eine allgemeine Gültigkeitspräsumption wäre daher im Zivilrecht überflüssig [2]. Die Beweislast [3] für die Ungültigkeit trifft immer den Gegner der Ehe.

§ 9. Die legislatorischen Massnahmen zur Aufrechterhaltung

Wir haben uns zu Beginn dieser einleitenden Betrachtungen mit einer Gruppe von ehegünstigen Gesetzesvorschriften, den kanonischen Präsumptionen befasst und damit die Frage angeschnitten, welcher Art die Massnahmen überhaupt seien, die der Gesetzgeber zur Begünstigung der Ehe trifft. Damit steht in engstem Zusammenhang die andere Frage, wie sich diese Massnahmen mit dem Interesse an der Beseitigung rechtswidriger Ehen vertragen.

Es ist vorab folgendes zu sagen: Der Gesetzgeber kann in jedem Rechtsgebiet, namentlich aber in den verschiedenen Teilen des Eherechts Bestimmungen aufstellen, welche die Ehe in irgend einer Weise privilegieren und ihr eine Sonderstellung verschaffen. Uns interessieren jedoch nur Massnahmen, die eigenst zu dem Zweck

---

[1] Nur scheinbar wird im Zweifel zuungunsten der Ehe entschieden, wenn z. B. eine Einrede nicht voll bewiesen zu werden vermag. Es fragt sich eben, ob die Ueberzeugung des Richters vom Vorhandensein des Ungültigkeitsgrundes durch den (mangelhaften) Beweis der Einrede erschüttert wird oder nicht. Bleibt sie erhalten, dann steht fest, dass der Ungültigkeitsgrund gegeben ist, es liegt kein Zweifel vor. — Die einredeweise geltend gemachte ehegünstige Tatsache wird allerdings nicht vermutet. Hiefür bedürfte es einer ausdrücklichen Bestimmung. Dies ist aber auch nicht anders bei einer allgemeinen Gültigkeitspräsumption. Daher stellt das kanonische Recht für einzelne Tatsachen spezielle Vermutungen auf.

[2] Und zudem begriffswidrig. Denn als Präsumptionen sind nur solche Bestimmungen zu bezeichnen, die eine Verschiebung der Beweislast bewirken, also Ausnahmecharakter haben. Sonst müsste letzten Endes jeder Rechtssatz als Vermutung angesprochen werden (vgl. Leonhard S. 264).

[3] Wie noch zu zeigen sein wird, erfolgt im Eheprozess die Beweisführung weitgehend von Amtes wegen. Dies ändert jedoch an der Beweislast nichts. Beweislast gibt es auch bei der Offizialmaxime. Nur wird der im Prozess angestrebte Erfolg, d. h. die Befreiung von der Beweislast, im Offizialverfahren event. nicht durch die belastete Partei herbeigeführt, sondern durch den Richter oder ein anderes öffentliches Organ. Nichtsdestoweniger wird der Kläger abgewiesen, bzw. der Beklagte verurteilt, wenn der Tatbestand nicht bewiesen wird (man kann sogar in gewissem Sinne von Beweispflicht sprechen, weil die Partei — im eigenen Interesse — durch selbständiges Handeln diese nachteilige Folge von sich abzuwenden versuchen wird).

ergriffen wurden, die geschlossene Ehe trotz eventueller Ungültigkeit aufrechtzuerhalten.

Nun bildet schon der Ausschluss der willkürlichen Auflösung durch die Privaten eine den Bestand der Ehe schützende Massregel. Es ist dies sogar die grundlegende Massnahme in dieser Hinsicht und stellt den lapidarsten Ausdruck der Rechtsgunst dar [1]. Sowohl CIC als ZGB haben diesen Weg eingeschlagen und damit ihren Willen bekundet, eine bestehende Ehe nur dann noch aus der Welt zu schaffen, wenn sie an einem gesetzlichen Ungültigkeitsgrund leidet. Wir fragen uns aber, ob es damit sein Bewenden hat. Ob nicht der Gesetzgeber es vorzieht, angesichts des Unfugs, der mit der Geltendmachung der Ungültigkeit getrieben werden könnte, den Schutz der Ehe weiter auszubauen. Denn die Frage der Rechtsgunst wird erst eigentlich aktuell, wenn die Gültigkeit einer Verbindung angezweifelt, am Bestand einer Ehe gerüttelt wird. Und hier nun bestehen zwei legislatorische Möglichkeiten, um eine ungerechtfertigte, nachträgliche Beseitigung zu verhüten.

Einmal können prozessualische und materiellrechtliche Bestimmungen aufgestellt werden, welche die Auflösung der Ehe, d. h. die Geltendmachung der Ungültigkeit erschweren. Eine Massnahme dieser Art erkannten wir in der Aufstellung der erwähnten kanonischen Präsumptionen. Es ist klar, und wurde an Hand der Präsumptionen bereits angedeutet, dass derartige Bestimmungen notwendig mit dem Interesse an der Beseitigung gesetzwidriger Ehen kollidieren müssen. Die Gesamtheit hat ein Interesse an der Verwirklichung der gegebenen Rechtsordnung. Ist eine Ehe unter gewissen Voraussetzungen verboten, so soll sie weder zustande kommen, noch, wenn entgegen dem Verbot eingegangen, weiter bestehen. Die Rechtssicherheit [2], d. h. hier das Bedürfnis nach richtiger Durchführung des Rechts, erfordert daher die Beseitigung der verbotenen Verbindung. Dem

[1] Als Kriterium für das Vorhandensein der Rechtsgunst kann der Ausschluss der Privatautonomie natürlich nur da gelten, wo die Eingehung der Ehe freiwillig erfolgt. In einer Rechtsordnung, die überhaupt keine Privatautonomie kennen würde, wäre dies nicht der Fall (z. B. bei Kaufehe).

[2] Auch in der Aufrechterhaltung der Ehe liegt ein Schutz des Rechtssicherheitsbedürfnisses, jedoch in einem andern Sinn: die Allgemeinheit will vertrauen können auf die gegebenen Verhältnisse. Man kann dies als Vertrauensschutz- oder Verkehrssicherheits-Interesse bezeichnen (Rümelin, Rechtssicherheit S. 13 ff., 18 ff.) Es lassen sich die verschiedenartigsten Interessen unter den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bringen. Man könnte daher sogar das Interesse an der richtigen Durchführung des Rechts als Postulat der Gerechtigkeit dem Interesse an der Aufrechterhaltung als Postulat der Rechtssicherheit gegenüberstellen (vgl. Rümelin a. a. O. S. 4; Burckhard: Organ. S. 224). Da wir aber das Prinzip der Aufrechterhaltung nicht in erster Linie und jedenfalls nicht ausschliesslich als Ausfluss des

treten aber Vorschriften hemmend entgegen, die das Annullieren geschlossener Ehen erschweren. Um diesen Gegensatz der Interessen auszugleichen, hat das kanonische Recht wie wir sahen, eine Form für die Eheschliessung vorgeschrieben, durch welche zum vornherein ein Zustandekommen ungültiger Ehen verhindert werden soll. Ganz im gleichen Sinn werden wir die Form der Eheschliessung im ZGB aufzufassen haben. Sie deckt sich in den Grundzügen mit derjenigen des CIC: eine der Trauhandlung vorangehende Verkündung (Art. 105 ff.) [1], die Anwesenheit von Zeugen (Art. 116) und die aktive Mitwirkung des Beamten (Art. 117).

Die Form verfolgt zweifellos auch den Zweck, die Kontrahenten auf die Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung aufmerksam zu machen. Sie erleichtert ferner den Nachweis des Eheabschlusses (und wirkt damit selbst direkt eheerhaltend). Aber ihre ganze Ausgestaltung, namentlich das Erfordernis der Verkündung, weist zwingend auf ihre Bestimmung als Präventivmittel hin [2]. Als Präventivmittel soll die Form einer ungültigen Eheschliessung vorbeugen. Darin erschöpft sich aber auch ihre Wirkung für die Rechtssicherheit. Kommt trotz des Formerfordernisses eine rechtswidrige Ehe zustande, so werden demnach die der Aufrechterhaltung dienenden Vorschriften zu voller Wirksamkeit gelangen. Je intensiver deren Schutzwirkung ist, desto mehr wird sich das Bedürfnis nach einem weitern Ausgleich im Interesse der Rechtssicherheit bemerkbar machen. Ob ein solcher angebracht ist, ist eine Frage der Gesetzgebungspolitik.

Wir haben gesehen, dass der kirchliche Gesetzgeber es allerdings für notwendig erachtete, durch Ausschluss der Rechtskraft des Urteils ein weiteres allgemeines Ausgleichsmittel zu schaffen, und dies namentlich im Hinblick auf c. 1014 [3]. Eine analoge Bestimmung findet sich im ZGB nirgends [4]. D. h. es fehlt ein auch matrimonio contracto wirkendes Ausgleichsmittel für die Rechtssicherheit.

Rechtssicherheitsinteresses betrachten, anderseits aber der Ausgangspunkt für die Rechtssicherheit vor allem «das Vertrauen des Bürgers auf die Verwirklichung einer gegebenen Rechtsordnung» (Rümelin a. a. O. S. 7) ist, so stellen wir unser Prinzip in Gegensatz zum Rechtssicherheitsinteresse.

[1] Ueber den Unterschied zum kirchlichen Aufgebot vgl. Tuor S. 130.

[2] Vgl. Gmür: Vorbem. zum 3. Abschnitt Ziff. 9, ferner Ziff. 2 zu Art. 105. Egger: Vorbem. zum 3. Abschnitt Nr. 2, ferner Nr. 1 zu Art. 116. (Ein weiteres Präventivmittel des kanonischen Rechts ist das Verbot der Ehe in gewissen Zweifelsfällen, sowie die weitgehende Dispensierbarkeit der Hindernisse humani iuris.

[3] Vgl. oben S. 26 f.

[4] Die Revisionsmöglichkeit auch des bundesgerichtlichen Entscheids (Art. 95 OG) bietet allerdings einen gewissen Ersatz, entspricht aber in ihren Voraussetzungen bloss der kanonischen Restitution (c. 1905).

Daraus darf aber nicht von vorneherein geschlossen werden, das ZGB enthalte keine Normen, die der Annullierung entgegenwirken sollen; es bedürfe aus diesem Grunde keines solchen Ventils. Denn es fragt sich eben wie weit ein Gesetz zu gehen gewillt ist, um die Ehe zu schützen; wie weit es das Risiko des Bestandes rechtswidriger Ehen in Kauf nehmen will; ein Risiko das ganz allgemein vorhanden ist, nicht nur bei Aufstellung eheschützender Normen. Auch wenn das ZGB tatsächlich keine, die Annullierung erschwerenden Vorschriften enthalten sollte, so wäre deshalb die Möglichkeit des Weiterbestandes unzulässiger Verbindungen trotzdem gegeben, und die Rechtskraft des Urteils müsste auch dann gegebenenfalls als Hemmschuh für die Verwirklichung des Rechts angesehen werden. Die Rechtskraft ist immer ein solcher, wenn zwingendes Recht auf dem Spiel steht [1]. Die angezogene kanonische Bestimmung erklärt sich eben hauptsächlich als Gegengewicht zur aussergewöhnlichen Vorschrift von c. 1014 und der Rücksichtnahme auf das göttliche Recht [2].

Festzuhalten ist, dass dieses zweite Ausgleichungsmittel dem zivilen Recht fremd ist und nur die Form im Sinne der Rechtssicherheit wirkt. Indem diese die Ermittlung von Ungültigkeitsgründen erzwingt, schafft sie eine gewisse Gewähr für die Gültigkeit der Ehen. Sie wird daher auch bis zu einem gewissen Grad die Aufstellung von Normen rechtfertigen, welche die Annullierung erschweren.

Neben der Aufstellung von solchen, die nachträgliche Beseitigung der Ehe erschwerenden Bestimmungen ist aber noch eine zweite Möglichkeit gegeben: Die Ungültigkeitsgründe können selbst zahlenmässig beschränkt und inhaltlich eingeengt werden. Je weniger solcher Gründe es gibt und je enger sie umgrenzt sind, desto geringer wird die Gefahr sein, dass nachträglich welche entdeckt und geltend gemacht werden. Allerdings ist eine Reduktion nur innerhalb gewisser Schranken möglich, nämlich nur soweit als nicht das öffentliche Interesse gewisse Bedingungen für die Gültigkeit stellt. Immerhin wird damit nicht nur der Tendenz der Aufrechterhaltung geschlossener Ehen gedient, sondern auch zugleich der Rechtssicherheit, indem bei einem Mindestmass von Ungültigkeitsgründen auch die richtige Durchführung des Rechts praktisch eher gewährleistet ist.

Hier muss nun aber unterschieden werden. Es lassen sich nämlich nur die Beschränkung und inhaltliche Verengung der Willensmängel (z. B. durch das Beifügen von «zumutbar») als eigentliche Massnahmen pro contracto matrimonio bewerten. Bei den übrigen Ungültigkeitsgründen, den Ehehindernissen, spielt bei dem angedeuteten Ver-

[1] Vgl. Burckhardt a. a. O. S. 61 ff.

[2] Vgl. Eichmann II, S. 408.

fahren mindestens ebensosehr noch ein anderes Moment mit: Das Prinzip der Ehefreiheit.

Wie wir für das kanonische Recht festgestellt haben, wurde bei dessen neuester Kodifizierung mit Hindernissen sparsam umgegangen und das mit Rücksicht auf die Kraft göttlichen Rechts jedermann zustehende Freiheit zur Ehe [1]. Derselbe Grundsatz wird im Art. 54 Abs. 1 der Bundesverfassung ausgesprochen, wonach das Recht zur Ehe unter der Garantie des Bundes steht. Obwohl BV Art. 54 nicht mehr zur Anwendung gelangt hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen der Ehe [2], so wird doch das zivile Recht von diesem grundlegenden Gedanken getragen [3]. Daran ändert nichts, dass das ZGB neben Erleichterungen auch gewisse Erschwerungen der Eheschliessung eingeführt hat, die dem ältern Recht unbekannt waren [4]. Im Prinzip soll doch jedermann berechtigt sein, die Ehe zu schliessen. Daher sind die Beschränkungen der Ehehindernisse, die das ZGB gegenüber dem ZivStG [5], namentlich aber gegenüber den frühern kantonalen Rechten [6] brachte, nicht in erster Linie als Schutz der bestehenden Ehe, sondern vor allem als Schutz der Ehefreiheit aufzufassen. Ihre Wirksamkeit ist in dieser Richtung wohl auch viel grösser als in jener.

Ganz anders verhält es sich mit den Beschränkungen der Willensmängel. Diese stellen durchaus eine Schutzmassregel für die geschlossene Ehe dar. Man kann sie schwerlich als im Interesse der Ehefreiheit liegend betrachten; wohl aber wird dadurch der Annullierung wegen Konsensmangels entgegengewirkt. Wenn daher der Kreis der wesentlichen, d. h. die Gültigkeit affizierenden Willensmängel für die Ehe enger gezogen ist als für andere Verträge, so haben wir es mit einem typischen Ausfluss der prinzipiellen Rechtsgunst zu tun, welche das Gesetz der Ehe angedeihen lässt.

Das Gesagte gilt in gleicher Weise wie für das Zivilrecht auch für das kanonische Recht. Wir können daher zwei legislatorische Massnahmen zum Schutz der geschlossenen Ehe unterscheiden:

a. die Beschränkung und Verengung der Konsensmängel (und in gewissem Sinn auch der übrigen Ungültigkeitsgründe).

b. Die Bestimmungen, welche der Annullierung entgegenwirken.

---

[1] Vgl. oben S. 23.

[2] Vgl. Gmür: Vorbem. zum 2ten Abschnitt Ziff. 6, Burckhardt: Kommentar zu Art. 54 BV, BGE 6, S. 281.

[3] Vgl. Gmür a. a. O. (vgl. auch ZivStG Art. 25).

[4] Z. B. Heraufsetzung des Ehemündigkeitsalters. Vgl. ZivStG., Art. 27.

[5] Umwandlung der Adoption in ein bloss aufschiebendes Hindernis.

[6] Wegfall aller konfessionellen und polizeilichen Hindernisse Aufgeben des Ehebruchs als Hindernis.

Im weitern Verlauf unserer Untersuchung werden uns aber nur die unter b. genannten gesetzlichen Vorkehren interessieren [1], weil wir uns ausschliesslich mit der Frage beschäftigen werden, wie sich das Prinzip der Aufrechterhaltung zur behaupteten oder bewiesenen Ungültigkeit einer Ehe verhalte und dies setzt ja die Geltendmachung eines gesetzlich normierten Ungültigkeitsgrundes schon voraus [2].

Ferner haben wir erkannt, dass zwischen dem Postulat der Aufrechterhaltung einerseits und den Postulaten der Ehefreiheit und der Rechtssicherheit [3] anderseits gewisse Beziehungen bestehen. In eine allgemeine Formel lassen sich dieselben jedoch nicht kleiden. Es hängt von der Beschaffenheit der in Gemässheit zu einem der drei Prinzipien getroffenen Massnahmen ab, wie sich das Verhältnis gestaltet. So kollidiert z. B. die Institution der Ungültigerklärung selbst als Ausfluss des Rechtssicherheitsinteresses notwendig mit den im Interesse der Aufrechterhaltung getroffenen Massnahmen. Im Gegensatz dazu wird die Form, wie wir gesehen haben, beiden Forderungen gerecht, schränkt jedoch die Ehefreiheit ein etc.

Immerhin lässt sich sagen: Da die von uns zu untersuchenden gesetzgeberischen Massnahmen (b.) sich ausschliesslich auf die geschlossene Ehe auswirken, oder wir sie wenigstens nur unter diesem Gesichtswinkel betrachten, so werden wir uns mit dem Postulat der Ehefreiheit kaum mehr direkt auseinanderzusetzen haben. Dagegen wird uns das Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Rechtsgunst dauernd beschäftigen, und zwar immer im Sinne eines Gegensatzes; denn ein solcher ist matrimonio contracto unvermeidlich [4].

C. Die Ergänzung der Ungültigkeitsgründe

§ 10. Hindernisse und Willensmängel

Im Anschluss an das Vorhergehende sind wir der Vollständigkeit halber genötigt, noch auf eine Frage hinzuweisen, die nicht eigent-

[1] Dies sind die eigentlichen Massnahmen in favorem matrimonii. Einen Sonderfall bildet die kan. Taufvermutung (c. 1070 § 2). Dem Zusammenhang nach gehört sie zweifellos zu den übrigen Schutzpräsumptionen (vgl. Linneborn S. 241). Nichtsdestoweniger kann sie auch ad contahendum matrimonium wirksam werden.

[2] Ueber die Ergänzung unten.

[3] Im angeführten Sinne vgl. oben S. 48, Anm. 2.

[4] Allerdings wird uns die Ehefreiheit dennoch, wenn auch bloss indirekt beschäftigen; nämlich deshalb, weil sie einen Grund abgeben kann für Massnahmen im Sinne der Rechtssicherheit. Dies kann sie insofern, als das Erfordernis des Konsenses, das wir als für den Eheschluss ausschlaggebend erkannt haben, in einem gewissen Sinn einen Ausfluss der Ehefreiheit darstellt. Wir werden dann aber besser von K o n s e n s f r e i h e i t als von Ehefreiheit sprechen.

lich zu unserem Thema gehört, für seine Behandlung aber von einiger Bedeutung ist: Die Frage der Ergänzung der Ungültigkeitsgründe durch die Rechtssprechung. Allerdings scheint sie mit der Anerkennung des Prinzips der Aufrechterhaltung hinfällig zu werden; da sie dennoch gelegentlich — besonders im Zivilrecht — aufgeworfen wird, so ist anzunehmen, dass gewisse Anhaltspunkte vorhanden sind, die eine solche Möglichkeit ventilieren lassen.

Den Ausgangspunkt bildet die rechtsgeschäftliche Natur der Ehe. Denn, da die Ehe durch Vertrag geschlossen wird, liegt es nicht allzu fern, anzunehmen, dass dieser Vertrag durch die rechtsgeschäftlichen Mängel affiziert werde, welche sich aus dem Wesen des Vertrags als übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Parteien ergeben können. Schweigt sich das Gesetz hinsichtlich einiger dieser Mängel bei der Ehe aus, so lässt sich daraus ebensowohl der Schluss ziehen, dass dieselben ohne weiteres auch für die Ehe — als einem Vertrag — zu berücksichtigen seien, als im Gegenteil, es seien diese Mängel in favorem matrimonii auszuschliessen.

In Betracht fällt dabei nur eine Ergänzung fehlender, nicht etwa eine Umwandlung der vom Eherecht ausdrücklich anerkannten Mängel. Ungültigkeitsgründe, die auch bei andern Verträgen gelten, für die Ehe aber eine besondere Formulierung erfahren haben, dürfen nur in dieser Form berücksichtigt werden; andernfalls würde nicht nur der Zweck der besonderen eherechtlichen Umschreibungen illusorisch, sondern, weil diese durchwegs eine Verengung darstellen, auch das Prinzip der Aufrechterhaltung verletzt.

In Betracht fallen ferner nur die Willensmängel. Denn nur soweit es den Konsens anbelangt, lassen sich auf die Ehe die Grundsätze und Normen des Vertragsrechtes anwenden (wenn sie sich überhaupt anwenden lassen; dies bleibe vorläufig dahingestellt). Alle übrigen Ungültigkeitsgründe bei der Ehe sind als spezifisch eherechtlich aufzufassen, auch wenn sie äusserlich vielleicht dem Vertragsrecht entnommen zu sein scheinen [1]. Sie können nicht durch Tatbestände ergänzt werden, welche die Ungültigkeit anderer Verträge zur Folge haben, weil solche Tatbestände nicht das rechtsgeschäftliche Element in der Ehe, nämlich den Konsens, berühren.

Den vielumstrittenen Rechtsmissbrauch (Art. 2, Abs. 2 ZGB) möchten wir aber nicht als Ungültigkeitsgrund im eigentlichen Sinn ansprechen. Denn das missbräuchlich ausgeübte Recht besteht ja effektiv und es ist nur seine Ausübung, welcher im konkreten Fall durch ein Machtwort des Richters ihre Wirksamkeit genommen wird.

---

[1] So kann z. B. eine Ehe nicht ungültig sein wegen unsittlichem oder unmöglichem Inhalt (Art. 20 OR).

Eine rechtsmissbräulich geschlossene Ehe ist gültig; sie wird aber vielleicht — dies hängt vom Gutdünken des Richters ab — ihrer Rechtswirksamkeit beraubt, indem die Geltendmachung der daraus abfliessenden Ansprüche untersagt wird. Wenn daher in der Praxis Ehen wegen Rechtsmissbrauchs beseitigt werden [1], so bedeutet dies nicht eine Ergänzung der Ungültigkeitsgründe, sondern die Unterdrückung einer exzessiven Rechtsausübung (weshalb man sich auch fragen kann, ob in einem solchen Fall Art. 132 ff. Anwendung finden).

Wenn dagegen in beiden Gesetzen gewisse Willensmängel als Ungültigkeitsgründe unerwähnt bleiben, so stellt sich allerdings die Frage, ob die gesetzliche Aufzählung erschöpfend oder ob auch diese Fälle für die Ehe anzuerkennen seien. Denn das Willenserfordernis ist ein Wesensmoment des Vertrags und dabei ganz unabhängig vom Inhalt des Geschäfts. Die Entscheidung muss aber zu Gunsten der Ehe fallen, d. h. zur Ablehnung der Ergänzung, wenn nicht das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung eine solche zulässt [2].

Man vermisst im CIC den Betrug als selbständigen Willensmangel, im ZGB die Simulation [3].

§ 11. Simulation und Betrug

Der Kodex enthält nirgends einen Hinweis darauf, dass andere als die ausdrücklich genannten Konsensmängel die Gültigkeit der Ehe berühren. Eine Berücksichtigung des Betrugs als Ungültigkeitsgrund ist daher wegen des favor matrimonii ausgeschlossen. Dies scheint befremdlich, erklärt sich aber ohne weiteres aus dem Umstand, dass Betrug sich überhaupt nicht als selbständiger Willensmangel konstruieren lässt. Der beim Betrogenen vorliegende Konsens-

---

[1] Mit dem Prinzip der Aufrechterhaltung besteht hierbei keine Konfliktsmöglichkeit: denn die Eigenart von Art. 2 Abs. 2 ZGB liegt eben darin, dass dem Richter die Befugnis eingeräumt wird, unter gewissen Umständen sich über die Normen und Prinzipien des Gesetzes hinwegzusetzen. (Ueber die Verwandtschaft von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung vgl. Siegwart S. 30; Gesetzesumgehung lässt sich regelmässig auch als Rechtsmissbrauch konstruieren. Vgl. auch Schlusstitel des ZGB Art. 59 Ziff. 7 ff.)

[2] Vgl. oben S. 45.

[3] Auch äusserer Zwang ist im ZGB nicht genannt. Als Willensmangel fällt dieser Tatbestand aber unter Art. 126. Angesichts der Formerfordernisse ist eine Eheschliessung unter physischem Zwang praktisch wohl kaum möglich. Im übrigen muss die Aufzählung der Willensmängel im OR als erschöpfend angesehen werden. Vgl. Becker S. 93 Nr. 1. Ueber die Mentalreservation — d. h. einseitige Simulation — vgl. unten, sowie Becker zu Art. 1 Nr. 11.

mangel beruht immer auf einem Irrtum. Der Irrtum muss jedoch besonders qualifiziert, d. h. durch Arglist des Gegenkontrahenten herbeigeführt oder unterhalten worden sein. Weil nun einerseits der Konsens absolut notwendiges Erfordernis für das Zustandekommen der Ehe ist, und anderseits seine Gestalt durch das Gesetz genau umschrieben wird (c. 1081), so fragt es sich lediglich, ob der arglistig erzeugte oder unterhaltene Irrtum einen solchen Konsens ausschliesse oder nicht. Dies wird dann der Fall sein, wenn er einen der gesetzlich normierten Irrtumsfälle ausmacht, es wird nicht der Fall sein, wenn er sich auf andere, vom Gesetz nicht berücksichtigte Momente bezieht. Je nachdem ist der Betrug relevant oder unwesentlich .

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Betrug nicht als Delikt, als verwerfliche Handlung zum Impediment zu erheben wäre, wie das kanonische Recht z. B. die Entführung als Hindernis betrachtet (c. 1074). Aber dies könnte nur durch positive Gesetzesbestimmungen geschehen, nicht durch Heranziehung des Betruges im privatrechtlichen Sinn: Denn den Vertrag affiziert der Betrug lediglich als Willensmangel — d. h. als Irrtum — und nicht als Delikt (vgl. das oben S. 53 Gesagte).

Das ZGB behandelt den Betrug als besonderen Ungültigkeitsgrund (Art. 125) und will damit die verwerfliche Gesinnung des Betrügers brandmarken. Es umschreibt den Tatbestand jedoch so eng, dass der durch Betrug im Sinne von Art. 125 hervorgerufene oder unterhaltene Irrtum regelmässig schon nach Art. 124 einen Ungültigkeitsgrund ergäbe [1]. Das Resultat ähnelt dem des kanonischen Rechts: Der Betrug ist auch nach ZGB meist nur insoweit Ungültigkeitsgrund, als der erzeugte oder bekräftigte Irrtum einen der gesetzlich umschriebenen, relevanten Irrtumsfälle (Art. 124) ausmacht [2]).

Ueberflüssig ist dabei die Bestimmung trotzdem nicht, weil bei Betrug die Nebenfolgen der Ungültigerklärung andere sind als bei blossem Irrtum: der Betrüger ist bösgläubig und dies spielt namentlich im Fall der betrügenden Ehefrau eine gewisse Rolle (Art. 134 Abs. 1) [3].

---

[1] Vgl. Egger Nr. 1c zu Art. 125 ZGB.

[2] Eine ganz verschiedene Bedeutung hat die Normierung des Betrugs als Ungültigkeitsgrund im OR. Hier werden an sich unwesentliche Irrtümer durch die Arglist des Gegenkontrahenten zu wesentlichen erhoben und damit allerdings der Kreis der Ungültigkeitsgründe beträchtlich erweitert (Vgl. Art. 28 OR mit Art. 24 OR).

[3] Für das franz. Recht vgl. Planiol S. 359: die dort ausgesprochenen Befürchtungen hinsichtlich der Anerkennung des Betruges sind infolge der engen Fassung von Art. 125 ZGB für das schweizerische Recht kaum zutreffend. Für das deutsche Recht vgl. Staudinger zu § 1324.

Weniger einfach lässt sich das Problem der Ergänzung bei der Simulation im ZGB an. Denn hier erklärt Art. 7 die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch für «andere» zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar. Damit scheint ein gewisser Spielraum für die Ergänzung der Ungültigkeitsgründe gegeben zu sein. Zwar werden die Ehewillensmängel durchwegs enger umschrieben als die entsprechenden Willensmängel des Obligationenrechtes. Aber damit ist noch nicht gesagt, dass die Aufzählung erschöpfend sein soll [1]. Man kann mit ebensoviel Recht auch umgekehrt argumentieren: nach ZGB seien gemäss Art. 7 die allgemeinen Bestimmungen des OR auch für die Ehe massgebend unter Vorbehalt der in Art. 124—126 vorgenommenen Beschränkungen.

Es ist zunächst zu beachten, dass Art. 7 sich nicht bloss auf die Willensmängel bezieht, sondern auf alle allgemeinen Bestimmungen des OR betreffend die Entstehung, die Erfüllung und die Aufhebung von Verträgen. Bei der Ehe kann aber, wie erwähnt, eine Anwendung überhaupt nur bei Konsensfragen in Betracht kommen. Nun sind wir allerdings der Ansicht, dass die aus einem Konsensmangel resultierende Ungültigkeit bei der Ehe grundsätzlich etwas anderes ist als die einseitige Unverbindlichkeit bei obligatorischen Verträgen. Wir werden dies jedoch erst anhand der Untersuchung der einzelnen Gesetzesbestimmungen näher ausführen und beschränken uns hier darauf, diesen Vorbehalt zu machen, gegenüber der These, es sei Art. 7 auf Konsensfragen bei der Ehe anwendbar.

Geht man aber davon aus, dass die Ehe hinsichtlich des Konsenses sich wirklich von einem gewöhnlichen Vertrag nicht unterscheide — und nur dann lässt sich die Frage der Ergänzung überhaupt diskutieren — so muss man Art. 7 zweifellos als anwendbar betrachten [2]. Damit ist dann auch das Problem der Ergänzung der Willensmängel in bejahendem Sinne gelöst, es sei denn der zu ergänzende Mangel — die Simulation — sei seiner Natur nach so beschaffen, dass die Nichterwähnung im ZGB seine Ausschliessung bedeute.

Simulation liegt vor, wenn beide Vertragsschliessende zwar die übereinstimmende Willensäusserung wollen, deren Inhalt aber «bewusst und mit voller Absicht» nicht wollen [3]. Auch die Ehegatten können selbstverständlich vor der Eheschliessung die Verabredung treffen, keine Lebensgemeinschaft zu begründen; die Ehe nur zur Erreichung anderer, ihrem Wesen fremder Ziele einzugehen. Besinnt sich nachträglich der eine Teil anders und macht seine Rechte aus der

[1] Vgl. Egger Vorbem. zum 4. Abschnitt Nr. 1b.
[2] Vgl. Gmür Vorbem. zum 4. Abschnitt, Ziff. 8.
[3] Vgl. Guhl, S. 67.

Ehe geltend, so kann der andere Ehegatte gemäss Art. 18 OR die Gültigkeit der Ehe bestreiten. Dies ergäbe sich offenbar aus der Anwendbarkeit von Art. 7 ZGB auf die den Konsens betreffende Seite des Eherechtes.

Wir sind aber dennoch anderer Ansicht; und zwar deshalb, weil die Simulation sich ihrem Wesen nach von allen übrigen Willensmängeln unterscheidet [1]. In allen andern Fällen gibt der Kontrahent unwissentlich und unabsichtlich eine von seinem wahren Willen abweichende Erklärung ab, oder aber er wird durch eine verwerfliche Handlung des Gegenkontrahenten oder Dritter zur Abgabe einer unwahren Erklärung veranlasst. Er will nicht seinen wahren Willen verschleiern, sondern er ist sich der Unrichtigkeit des Geäusserten gar nicht bewusst, oder es bleibt ihm keine andere Wahl als die falsche Aeusserung zu tun. Jedenfalls trägt der Kontrahent an der Diskrepanz von Wille und Erklärung keine Schuld. Bei der Simulation dagegen beschliessen beide Kontrahenten wissentlich und in gegenseitigem Einverständnis die dem Geschäft eigentümlichen rechtlichen Wirkungen nicht zu beachten, vielmehr das Geschäft nur der Form nach und im Hinblick auf bestimmte — meist lukrative — Nebenzwecke zu tätigen. Sie geben freiwillig eine unwahre Erklärung ab, mit der Absicht, sich der Form des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Erreichung von Zwecken zu bedienen, die dem Geschäft an sich fremd sind.

Weil nun die Ehe, d. h. das missbrauchte Rechtsinstitut seinem Inhalte nach Gegenstand des öffenlichen Interesses ist, so sind die simulierenden Kontrahenten von einem ethischen Vorwurf nicht ganz frei. Denn eben weil die Ehe das öffentliche Interesse berührt, soll die Form der Eheschliessung nicht als Tarnungsmittel benutzt werden, um Abmachungen von ausschliesslich privatem Interesse zu verschleiern und später als leere Hülle weggeworfen zu werden.

Wenn daher das ZGB die Geltendmachung der Simulation bei der Ehe nicht erwähnt, im Gegensatz zur Geltendmachung aller übrigen obligationenrechtlichen Willensmängel, so hat diese Massnahme gewissermassen poenalen Charakter [2] und bedeutet die Ausschliessung der Simulation als Ungültigkeitsgrund. Die simulierte Ehe ist gültig.

---

[1] Das OR erwähnt sie ja auch nicht im Zusammenhang mit den übrigen Willensmängeln.

[2] Aehnlich Siegwart, wenn er sagt: «Die simulierenden Ehegatten selber, welche mit der hochernsten Form der Ehe Komödie getrieben haben, haben sich nicht zu beklagen, wenn ihnen die Anfechtung der Ehe versagt wird» (S. 26).

Wir lehnen also die Ergänzung der Ehewillensmängel durch Heranziehung der Simulation ab, selbst für den Fall, dass man Art. 7 ZGB auch auf eheliche Konsensfragen anwenden wollte. Andere Willensmängel aber, als die im OR genannten, zu berücksichtigen, verbietet der favor matrimonii [1]. Denn wenn solche nicht für das gewöhnliche Vertragsrecht anerkannt werden, so können sie noch viel weniger bei der Ehe Geltung beanspruchen.

Kaum einer besonderen Erwähnung bedarf es, dass im kanonischen Recht die Simulation als Ungültigkeitsgrund anerkannt wird (c. 1086). Dies ergibt sich schon ohne weiteres aus den Erfordernissen des Konsenses. Der minimale Konsens in der Umschreibung des c. 1081 bildet hier — abgesehen von den normierten Einzelfällen — schlechthin das einzige und ausschliessliche Entscheidungsmittel für die Frage der Ungültigkeit wegen Willensmangel. Daher muss auch eine Mentalreservation berücksichtigt werden, wenn bewiesen wird, dass damit der erforderliche Konsens hinwegfällt [2].

---

[1] Z. B. die Mentalreservation; für sie würde übrigens dasselbe gelten wie für die Simulation.

[2] Vgl. Linneborn §§ 35 ff.

Zweiter Teil:

Die Verwirklichung der Rechtsgunst im einzelnen

A. Das formelle Recht

Vorbemerkung.

Wenn wir vorweg die formellrechtlichen Gesetzesbestimmungen einer Prüfung unterziehen, so geschieht es deshalb, weil anzunehmen ist, dass sich bei ihnen leichter als bei den materiellrechtlichen erkennen lässt, ob sie einen Ausfluss der Rechtsgunst darstellen oder nicht. Die gewählte Reihenfolge beruht somit lediglich auf Zweckmässigkeitserwägungen. Dabei ist zu beachten, dass wir als formellrechtlich jede Bestimmung auffassen, die irgend ein prozessualisches Element enthält, möge sie auch an sich im materiellen Recht fussen. Dies gilt besonders von der Sachlegitimation. Ihre Basis ist der materielle Anspruch auf Ungültigerklärung. Uns interessiert aber vorläufig nur ihre formellrechtliche Seite, d. h. das prozessualische Klagerecht.

§ 12. Der Einfluss der öffentlichen Interessen auf die Gestaltung der Legitimation

I. Das Klagerecht [1].

Wie wir im Vorhergehenden festgestellt haben, sind bei der Ehe zweierlei Arten von Ungültigkeitsgründen zu unterscheiden: solche, die sich aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Ehe ergeben — die Konsensmängel — und solche, die sich nicht aus dem Vertrag herleiten lassen. Zur Unterscheidung der beiden Kategorien bedient sich das ZGB obligationenrechtlicher Bezeichnungen. Es spricht bei den ersterwähnten Mängeln von Anfechtbarkeit, bei den zuletzt genannten von Nichtigkeit der Ehe [2], ohne jedoch verschiedene Ungültigkeitsfolgen vorzusehen. Der Unterschied liegt vielmehr in der verschiedenen Herkunft der Gründe und anderseits in der verschiedenen Regelung des Klagerechts und des Annullierungsverfahrens bezüglich der beiden Arten. Im übrigen adoptiert das ZGB keineswegs das System des OR. Es übernimmt weder die einseitige Unverbindlichkeit für die Konsensmängel, noch die Nichtigkeit des Art. 20 OR für die übrigen Gründe. Es schafft vielmehr für die Ehe ein besonderes System der Ungültigkeit [3].

Weil aber die Konsensmängel sich ausschliesslich auf die privatrechtliche Seite beziehen, d. h. die Ehe nur auf demjenigen Gebiete

---

[1] Wir sprechen ausschliesslich von der aktiven Seite der Sachlegitimation, da einerseits die passive das blosse Korrelat hiezu ist, und anderseits eine Begünstgung der Ehe nur durch besondere Gestaltung der Aktivseite erfolgen kann. Immerhin sei hier auf eine Erscheinung des kanonischen Rechts hingewiesen. Es sind Fälle möglich, in welchen kein Beklagter auftritt (für das ZGB vgl. Steiner S. 92). Da nun im kirchlichen Eheprozess auch in solchen Fällen ein amtlicher Eheverteidiger zu fungieren hat (hierüber unten), so könnte es scheinen, als sei dieser Beklagter, und werde er als Beklagter in den Prozess gezogen, um zugunsten der Ehe ein kontradiktorisches Verfahren zu ermöglichen. Hiezu bemerkt aber Haring (S. 35) folgendes: «Streben beide Ehegatten die Ungültigkeitserklärung an, oder erhebt für diesselben von Amtes wegen der Promotor die Klage, so gibt es eigentlich keinen Beklagten; höchstens könnte man den Defensor, bezw. die Ehe als Beklagten ansehen. Nichtsdestoweniger schreibt die Instruktion diese Formalitäten (Vorladung des Beklagten) allgemein auch für den Eheprozess vor». — Ferner ebenda Anm. 1: «folgerichtig wäre es in diesem Falle, die Streiteinlassung zwischen Promotor und Defensor durchzuführen. — Es ist auffallend, dass die Eheinstruktion ohne Berücksichtigung dieses Verhältnisses einfach die Bestimmungen des allgemeinen Rechts aufführt».

[2] Vgl. die Marginalien zu Art. 120 und 123 ZGB.

[3] Vgl. Des Gouttes S. 362 ff und 366 ff; ferner Egger Vorbem. zur Ungültigkeit Nr. 2 a—c.

berühren, für welches das Gesetz den Privaten Entschlussfreiheit garantiert, nämlich dem der Willenserklärung, so hat das ZGB auch die Geltendmachung dieser Mängel ausschliesslich den Ehegatten vorbehalten. Und zwar besitzt, in konsequenter Durchführung dieses Gedankens, derjenige Ehegatte das Klagerecht, bei dem der Willensmangel vorliegt [1]. Diese Regelung scheint zunächst selbstverständlich, ist es aber keineswegs, wie eine nähere Betrachtung sogleich erweist.

Der Staat mischt sich nicht in die Konsensabgabe, er postuliert hier Freiheit der Parteien. Dann wird er sich aber — so scheint es — auch nicht für etwaige mangelhafte Konsenserklärungen interessieren. Die Parteien sind in dieser Hinsicht Herr und Meister [2]. M. a. W., es besteht kein öffentliches Interesse an der Geltendmachung der Konsensmängel, weil an Konsensfragen ein solches überhaupt nicht besteht. Weil jedoch den Parteien volle Freiheit garantiert ist, so wird ihnen auch ein Mittel gegeben, um sich gegen Beeinträchtigungen ihrer Freiheit zur Wehr zu setzen. Und dieses Mittel ist die Anfechtungsklage. Das Anfechtungsrecht ist die notwendige Sanktion für das Prinzip der Konsensfreiheit.

Würde man den Ehegatten dieses Recht vorenthalten, so würde damit die Aufstellung des Grundsatzes der Konsensfreiheit sinnlos, der Zweck von Art. 117 ZGB illusorisch. Es würde dies einem Bruch mit dem Prinzip der Konsensehe gleichkommen, einer Rückkehr zur Raub- und Kaufehe etc.

Aber wird die Bedeutung von Art. 117 ZGB nicht trotz des Anfechtungsrechts in gewissen Fällen illusorisch? Wir meinen: ist die Sanktion, die durch die Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeit erfolgt, eine vollständige: Genügt sie, um die «Vertragsschliessungsfreiheit», die Freiheit hinsichtlich der Konsensabgabe — die als Postulat hinter Art. 117 steht — zu gewährleisten? Wir bezweifeln dies sehr. Ja, wir sind der Meinung, dass die getroffene Regelung die engste Beschränkung darstellt, die der Gesetzgeber sich erlauben durfte, ohne damit Art. 117 den Boden zu entziehen.

Man könnte einwenden, dass auch der obligatorische Vertrag nur für den vom Willensmangel betroffenen Kontrahenten unverbindlich sei. Aber einmal sind, wie gesagt, die eherechtliche Anfechtung und die einseitige Unverbindlichkeit des OR an sich schon verschiedene Institute, obgleich sie sich auf denselben Gegenstand, d. h. auf ein konsenskrankes Rechtsgeschäft beziehen. Will man aber mit Rücksicht

[1] Ueber die Klage des gesetzlichen Vertreters (Art. 128 ZGB) wird gleich unten zu sprechen sein.

[2] Die Einschränkungen betreffen den Inhalt, nicht die Erklärung des Konsenses, vgl. oben S. 36.

auf diese Gemeinsamkeit des Gegenstandes einen Vergleich zulassen, so ist folgendes zu beachten.

Zunächst bildet die einseitige Unverbindlichkeit, wie sie das Obligationenrecht vorsieht, einen ungleich stärkeren Schutz als die Anfechtbarkeit [1]. Und dann wird dieser intensive Schutz gewährt, obgleich daneben noch andere Möglichkeiten vorhanden sind, um einer Verunglimpfung der freien Persönlichkeit zu begegnen. So ist ganz allgemein jeder obligatorische Vertrag mit Rücktritts- oder Kündigungsrechten ausgestattet, unterliegen die daraus entstehenden Ansprüche meist der Verjährung. Ausserdem sind bei den einzelnen Vertragsarten oft noch weitere, besondere Möglichkeiten vorgesehen, um die eine Partei vor Uebergriffen der anderen zu schützen. Dabei erscheint dieser Schutz der persönlichen Freiheit beim obligatorischen Vertrag gar nicht so dringend notwendig, da eine gegen die guten Sitten verstossende Beeinträchtigung dieser Freiheit durch den Vertragsinhalt das Geschäft überhaupt jeder Rechtswirkung beraubt, und dieser Umstand von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (Art. 20 OR).

Vollständig anders verhält es sich bei der Ehe. Hier bildet das Anfechtungsrecht die einzige und ausschliessliche Garantie für die «Vertragsschliessungsfreiheit» [2]. Und doch werden hier durch den Konsens Verpflichtungen begründet, welche die ganze Rechtspersönlichkeit (im Sinne von Art. 27 und 28 ZGB) erfassen und die Kontrahenten auf Lebenszeit binden.

Dieser Vertragsinhalt entspricht nun zwar durchaus den guten Sitten. Umso anstössiger jedoch muss angesichts der intensiven Bindungen, die sie begründet, eine unfreie, erzwungene, erschlichene oder sonstwie mangelhafte Konsenserklärung wirken (dabei ist dem betreffenden Ehegatten die Anfechtung eventuell gar nicht möglich — man denke an andauernden moralischen oder physischen Zwang).

Hinzu tritt nun aber noch das weitere Moment, dass die Ehe mit ihrem formellen Abschluss Gegenstand des öffentlichen Interesses wird und damit das Rechtssicherheitsinteresse in stärkerem Masse Platz greift als dies bei andern Verträgen der Fall ist. D. h. die Oeffentlichkeit hat hier schon wegen des besonderen Charakters der Ehe ein vermehrtes Interesse an der richtigen Durchführung der gesetzlichen Vorschriften. Denn einerseits ist die Konsensehe ein die Struktur der Gesellschaft belangendes Rechtsgut [3], und anderseits

---

[1] Vgl. Becker, Ziff. 11 zu Art. 23, Guhl S. 70.

[2] Wenigstens matrimonio contracto.

[3] Durch die Garantierung der Konsensfreiheit wird dem Eherecht ein ganz bestimmter Typus Ehe, eben die Konsensehe zugrundegelegt. Die Titel 4 bis 8 des ZGB wären in ihrer jetzigen Gestalt undenkbar ohne den Art. 117.

obliegen der konkreten Verbindung bestimmte soziale und ethische Aufgaben [1]

Wenn der Gesetzgeber dieses Rechtssicherheitsinteresse solcher Art zurückdrängt, dass er den staatlichen Organen das Recht versagt, aus eigener Initiative die Verhältnisse des konkreten Falles nachzuprüfen (durch Erhebung einer Klage), so ist dies unseres Erachtens als eine Folge des Rechtsgunstprinzips zu erklären [2]. Deshalb haben auch Drittinteressenten kein Klagerecht. Der Grundsatz der Aufrechterhaltung, der auf der Erwägung beruht, die Ehe sei aus sozialen und sittlichen Gründen nach Möglichkeit in ihrem Bestand zu schützen, steht dem Rechtssicherheitsinteresse gegenüber, das die Herstellung des rechtmässigen Zustandes verlangt [3].

Auch dieses Interesse nach Herstellung des rechtmässigen Zustandes beruht letzten Endes auf der Ueberlegung, dass die Verletzung der Gesetzesbestimmungen öffentliche Interessen sozialer oder ethischer Natur gefährden, dass bestimmte Rechtsgüter verletzt würden. Aber es handelt sich nicht um dieselben Interessen, wie sie durch die Aufrechterhaltung der Ehe geschützt werden sollen. Und gesetzgebungspolitische Erwägungen liessen offenbar jenen vor diesen den Vorzug geben. Daher wird der Oeffentlichkeit, genauer den Vertretern der Oeffentlichkeit, das Recht zum Einschreiten gegen konsenskranke Ehen durch Vorenthaltung des Klagerechtes verschränkt. M. a. W., es greift der favor matrimonii Platz auf Kosten der Rechtssicherheit.

Immerhin wird die Rechtssicherheit nicht völlig geopfert, es bleibt das Anfechtungsrecht der Ehegatten. Und warum dies? Weil eine Verweigerung dieses Rechtes einer Preisgabe der Konsensehe und damit der Sanktionierung eines ungesetzlichen Zustandes gleich käme. Das Anfechtungsrecht der Ehegatten stellt sich somit dar als eine minimale Konzession an das Bedürfnis der Oeffentlichkeit nach Gewährleistung des richtigen Rechts [4]. Das Fehlen eines amtlichen Klagerechts dagegen als eine weitgehende Konzession an das öffentliche Interesse nach Gewährleistung des Bestandes der Ehe.

Ebenso notwendig wie das Anfechtungsrecht der Ehegatten bei Willensmängeln ist das Anfechtungsrecht des gesetzlichen Vertre-

---

[1] Vgl. oben S. 41.

[2] Es wird dadurch tatsächlich Art. 117 ZGB seiner absolut zwingenden Natur beraubt, soweit er das Konsenserfordernis beschlägt. (Eine Rolle spielt natürlich auch der Umstand, dass Willensmängel in der Regel gar nicht öffentlich bekannt sind. Es lassen sich aber Fälle denken, bei denen das Gegenteil zutrifft).

[3] Vgl. oben S. 48 f.

[4] Daneben schützt es selbstverständlich die privaten Interessen, soweit diese mit dem Rechtssicherheitsinteresse parallel laufen.

ters, wenn er der Eheschliessung nicht zugestimmt hat und diese Einwilligung vom Gesetz verlangt wird. Dies ist im ZGB der Fall. Denn obwohl das Recht zur Eheschliessung jedermann um seiner Persönlichkeit willen zukommt [1], und die Ausübung solcher Rechte in der Regel nicht von der Einwilligung des Vertreters abhängig ist, wird dieser Vorbehalt hier gemacht (Art. 98 und 99 ZGB). Der Gedanke ist — wie überall, wo eine solche Zustimmung verlangt wird — der, dass dem Unmündigen oder Entmündigten (oder mündigen Eheunfähigen) gewisse geistige Eigenschaften und Fähigkeiten fehlen, die zur wohlüberlegten Tätigung der betreffenden Rechtshandlung erforderlich sind [2]. Der Konsens solcher Personen ist somit immer an sich mangelhaft und muss durch einen vollwertigen — eben den des Vertreters — ergänzt werden. Die Ehe leidet ohne das Hinzutreten dieses Willens in gewissem Sinne an einem Konsensmangel. Daher auch das Klagerecht des gesetzlichen Vertreters (Art. 128 ZGB).

Der Schutz des Gewaltunterworfenen sowohl wie die Rechtssicherheit, würden eigentlich auch für ihn das Klagerecht aus der zur Zeit der Eheschliessung bestehenden Handlungsunfähigkeit fordern. Weil er aber der Rechtsverletzung schuldig ist, und es sich bei der Ehe um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses handelt, so wird ihm poenalerweise die Klage vorenthalten [3]. Und die Rechtssicherheit? Sie muss weichen, weil eine Konzession an die Rechtssicherheit hier unethisch wäre, indem damit das absichtlich rechtswidrige Handeln sanktioniert würde. Die Rechtssicherheit flüchtet sich in das Klagerecht des Vertreters, das somit die doppelte Funktion eines Garanten für die Rechtssicherheit und eines Schutzes für den Gewaltunterworfenen ausübt. Weil aber der Gewaltunterworfene bei rechtswidrigem Eheschluss keine besondere Rücksicht verdient, so wird das Klagerecht des Vertreters seiner Schutzwirkung überhaupt fast völlig entblösst und auf ein Minimum reduziert, sodass es eigentlich nur noch pro forma besteht: in dem es bei Eintritt der Ehemündigkeit oder Mündigkeit, bei Aufhebung der Entmündigung sowie bei Schwangerschaft der Frau in favorem matrimonii dahinfällt.

Der gesetzliche Vertreter wird praktisch oft gar nicht zur Klage kommen, der Ehegatte selbst kann nicht klagen — wo bleibt da der Schutz? Es handelt sich bei diesem Anfechtungsrecht, wie gesagt,

---

[1] Vgl. Egger Nr. 3b zu Art. 19 ZGB.

[2] Vgl. Egger Nr. 2 zu Art. 98 und Nr. 1 zu Art. 99 (eine andere Auffassung herrscht beim Einwilligungsrecht des Vaters, bezw. der Mutter in BGB § 1305).

[3] Die Klagen aus Art. 123—126 ZGB stehen ihm natürlich zu und er kann dieselben auch während seiner Handlungsunfähigkeit selbständig erheben (Egger a. a. O.)

mehr um ein Zugeständnis an die formale Logik, als um ein praktisches Mittel zur Beseitigung rechtswidriger Ehen oder gar um einen wirksamen und konsequent durchgeführten Schutz des Handlungsunfähigen [1].

Was uns jedoch besonders interessiert, ist der Umstand, dass es auch hier an einem amtlichen Klagerecht gebricht. Auch hier wird die Rechtssicherheit zugunsten der Ehe auf das im vertreterischen Klagerecht liegende Minimum beschränkt. Anderseits wird sie eben auch hier mit Rücksicht auf die Konsensehe nicht schlechthin jeden Schutzes entkleidet.

Einen auffallenden Gegensatz zu der engen Begrenzung des Klagerechtes bei rechtsgeschäftlichen Mängeln, bildet die Ausgestaltung des Klagerechts bei den übrigen Ungültigkeitstatbeständen, den sog. Nichtigkeitsgründen (Art. 120—122 ZGB). Hier wird die Legitimation nicht nur ausgedehnt auf die Behörden und beide Ehegatten, sondern gleich auch noch auf jeden Drittinteressenten [2]. Der Grund liegt auf der Hand: intensivstes Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Das Interesse an der Aufrechterhaltung tritt zunächst gänzlich in den Hintergrund, kommt aber beim Eintreten gewisser Bedingungen mit grosser Folgerichtigkeit wieder zur Geltung.

Es ist klar, dass der Grund für diese fast unbeschränkte Berücksichtigung der Rechtssicherheit in der besonderen Art der Nichtigkeitsgründe liegen muss, die offenbar ein Interesse an der Begünstigung der Ehe ausschliesst. Es muss sich um Tatbestände handeln, die gegen das Wesen der Ehe selbst verstossen und daher das Aufrechterhaltungsinteresse eliminieren (vgl. Art. 120 ZGB).

Die Beschränkung des Rechtssicherheitsschutzes bei den Konsensmängeln kann zwar insofern Bedenken erwecken, als gegebenenfalls einem, dem Prinzip der Konsensfreiheit widersprechenden Zustand die Sanktion erteilt wird; es berührt dies jedoch nicht diejenigen öffentlichen Interessen, welche den Bestand der Ehe fordern. Anders bei den Nichtigkeitsgründen. Eine mit solchen Mängeln behaftete Verbindung schliesst das Bedürfnis nach Aufrechterhaltung der Ehe vollständig aus, weil sie gerade denjenigen Interessen zuwiderläuft, die mit der Aufrechterhaltung geschützt werden sollen. Eine Verdrängung der Rechtssicherheit zugunsten der Ehe wäre hier eine Absurdität. Es ist im Gegenteil eine scharfe Reaktion im Sinne der Rechtssicherheit angebracht, es muss auf Beseitigung solcher Ehen gedrängt werden. Die Behörde erhält also das Klagerecht und damit die Oeffentlichkeit die Gewähr, dass zweifelhafte Verbindungen vor den Richter ge-

[1] Vgl. auch Tuor S. 134.
[2] Ueber das erforderliche Interesse vgl. Gmür Ziff. 6 zu Art. 108, Ziff. 3 zu Art. 123.

bracht und auf ihre Rechtmässigkeit hin geprüft werden. Beide Ehegatten erhalten das Klagerecht und zwar vorbehaltlos, obwohl sie bei Bösgläubigkeit eigentlich keine Rücksicht verdient hätten. Der Gesetzgeber nimmt diese Bedenklichkeit jedoch in Kauf, um in möglichst weitgehender Weise dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit gerecht zu werden. Aus diesem Grunde wird auch Drittinteressenten das Klagerecht zugesprochen.

Es geschieht dies kaum zur Wahrung ihrer Interessen, sondern hauptsächlich aus dem Willen heraus, mit allen Mitteln die Beseitigung solcher nichtiger Ehen zu verfolgen. Denn einerseits wäre den Privaten schon dadurch eine Verfolgung ihrer Interessen ermöglicht, dass sie durch Anzeige die Behörden zur Klageanhebung veranlassen könnten [1], und anderseits ist nicht einzusehen, warum die privaten Interessen von Dritten hier besonders geschützt werden sollten, während dies bei konsenskranken Ehen nicht der Fall ist. Aber, wie wir bereits einmal bemerkt haben: das private Interesse wird überall da geschützt, wo es mit dem öffentlichen im Einklang steht. Und es liegt eben in dem selbständigen Klagerecht des Privaten insofern ein vermehrter Schutz der Rechtssicherheit, als anzunehmen ist, dass der Privatkläger seine Interessen mit aller Energie zu wahren geneigt ist. Deshalb wird auch das Klagerecht vorbehaltlos beiden Ehegatten verliehen. Je grösser der Kreis der klageberechtigten Personen, desto grösser die Wahrscheinlichkeit, dass irgend einer der Berechtigten infolge eigener Interessen auf Beseitigung der Ehe drängt. Und diese Beseitigung wird vom Gesetzgeber hier angestrebt.

Die Interessenlage ändert sich sofort, sobald der betreffende Ungültigkeitsgrund hinwegfällt. Das Interesse an der Aufrechterhaltung lebt wieder auf und damit fällt das Klagerecht der Behörde und dritter Personen ohne weiteres dahin (Art. 122 ZGB). Hinsichtlich der Ehegatten unterscheidet das Gesetz zwischen dem Fall der geheilten Geisteskrankheit (bezw. dauernden Urteilsunfähigkeit) und dem der beseitigten Doppelehe. Zunächst die geheilte Geisteskrankheit!

Gemäss Art. 122 Abs. 2 ZGB behalten beide Ehegatten das Klagerecht. Der geheilte Ehegatte muss die Klage besitzen, aus denselben Gründen, aus denen er die Anfechtungsklage gegebenenfalls besitzt. Seine Legitimation ist wiederum die notwendige Sanktion der Konsensfreiheit [2]. Und der andere? Warum kann er die Ehe nach definitiver Heilung seines Gatten vernichten?

---

[1] Vgl. Tuor S. 133. (Anders im Fall von Art. 122 Abs. 1 ZGB; hierüber unten).

[2] Streng genommen allerdings sollte hier nun die Klage nur zulässig sein, wenn die Ehe nachweislich nicht während eines lichten Momentes in urteilsfähigem Zustand geschlossen wurde. Denn ausser dem Interesse an

Geht man von dem Fall aus, dass er sich in gutem Glauben befand, d. h. in Unkenntnis des Zustandes des andern Teils, so kann auch bei ihm ein Konsensmangel vorliegen und sein Recht zur Klage ist gerechtfertigt. War dies jedoch nicht der Fall, so lässt sich schwerlich eine plausible Erklärung für dieses Klagerecht finden [1]. Um einen Schutz der Konsensfreiheit kann es sich nicht handeln, da der Bösgläubige eben die Ehe mit dem Kranken eingehen wollte und somit seinerseits ein gültiger Konsens erteilt wurde.

Allerdings verlangt die Rechtssicherheit die Auflösung konsenskranker Ehen, und es ist eben möglich, dass beim früher geisteskranken Teil ein Konsensmangel vorliegt. Daraus erklärt sich aber das Klagerecht des bösgläubigen Gesunden nicht, weil, wie erwähnt, der Schutz der Rechtssicherheit bei Konsensmängeln im ZGB konsequent auf das Klagerecht des vom Konsensmangel Betroffenen beschränkt ist. Es lässt sich auch nicht sagen, der Gesetzgeber erachte die Fortsetzung einer solchen Ehe für unzumutbar; denn, wie sich aus dem 3. Absatz desselben Artikels ergibt, wird auf die privaten Interessen kaum abgestellt. Und wie könnte auch auf diese abgestellt werden, wenn nun doch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung wieder vorhanden ist? Denn über dessen Platzgreifen lässt der Wegfall der Popularklage keine Zweifel aufkommen.

Wir betrachten vielmehr die Fassung des 2. Absatzes von Art. 122 ZGB als eine kaum erklärliche Abweichung vom System, als eine Besonderheit. Wir vermissen das Erfordernis des guten Glaubens.

Der dritte Absatz von Art. 122 handelt von dem Fall, da eine bigame Ehe durch Auflösung der früheren Verbindung zur Einehe geworden ist. Der Tatbestand wird dadurch präzisiert, dass für den nichtbigamen Teil Gutgläubigkeit gefordert wird. Für diesen Fall schliesst das ZGB die Nichtigkeitsklage überhaupt aus.

---

der Konsensfreiheit lässt sich nach völliger Heilung des Kranken weder ein öffentliches noch ein ernstliches privates Interesse konstruieren. Es wäre zwar an sich durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber auch hier noch eine Beseitigung wegen des Nichtigkeitsgrundes selbst und nicht wegen des damit event. verbundenen Konsensmangels vorsähe: aber dann hätte dem gewählten System gemäss, auch die Behörde noch ein Klagerecht, und es wäre noch die Popularklage gegeben. Da beides nicht zutrifft, so lässt sich die Beseitigungsmöglichkeit nur aus der Rücksicht auf den Konsensmangel erklären.

[1] Gisi S. 432 ist der Ansicht, der gesunde Teil sei zur Klage berechtigt, weil seine Willenserklärung nicht angenommen und daher «ebenfalls noch nicht massgebend» sei. Dann müssten aber auch bei den Anfechtungsgründen (Art. 124 ff. ZGB) beide Ehegatten das Klagerecht besitzen. Steiner S. 96 sieht den Grund der Bestimmung in der Gewichtigkeit des Ehehindernisses. Vgl. aber im Text unsere Bedenken hiezu.

Die bigame Ehe ist aus moralischen Gründen auch nach Beseitigung der früheren Verbindung der Nichtigkeitsklage unbeschränkt ausgesetzt. Das moralische Bedenken wird selbstverständlich gegenstandslos, wenn beide Ehegatten gutgläubig waren. Es wird bloss gemildert, wenn wenigstens der nichtbigame Teil guten Glaubens gewesen ist. Und doch genügt diese Milderung, um die Ehe wieder als sozial wertvoll erscheinen und das Interesse an der Aufrechterhaltung in vollem Umfang platzgreifen zu lassen. Der beim nichtbigamen gutgläubigen Ehegatten vorhandene Irrtum wird nur noch berücksichtigt, wenn er sich unter Art. 124 ZGB subsumieren lässt [1]. Dies wird nur dann möglich sein, wenn nicht auch der andere Ehegatte gutgläubig war; andernfalls wird die erforderliche Qualifiziertheit des Irrtums fehlen [2]. Das wegen der üblen Nachrede bei der Bigamie trotzdem vorhandene Privatinteresse wird nicht geschützt.

Wir sehen also, dass nicht anders als bei den Anfechtungsgründen, auch bei den Nichtigkeitstatbeständen die Rechtssicherheit zugunsten der Ehe soweit zurückgedrängt wird, als dies ohne Verletzung des Prinzips der Konsensfreiheit tunlich ist. Die Rechtssicherheit findet dagegen — wie es selbstverständlich ist — fast unumschränkte Berücksichtigung, wenn eine Ehe infolge eines Nichtigkeitsgrundes gegen diejenigen Interessen verstösst, die mit der Aufrechterhaltung geschützt werden sollen [3]. Doch ist das Gesetz bei der Durchführung dieses Gedankens hier nicht ebenso konsequent wie bei den Anfechtungsgründen, in dem die Ausdehnung des Klagerechtes in Art. 122 Abs. 2 auf beide Ehegatten und unabhängig von deren gutem oder bösem Glauben eine — übrigens kaum erklärliche — Abweichung vom sonst befolgten Weg darstellt.

Abgesehen von dieser Ausnahme kann man sagen, dass die Ehe durch Restriktion des Klagerechtes soweit begünstigt wird, als dies ohne völlige Preisgabe der Konsensfreiheit möglich ist. Es kann sein, dass mit dieser Rücksichtnahme auf die Konsensfreiheit zugleich auch die privaten Interessen geschützt werden. Es kann aber auch sein, dass die privaten Interessen überhaupt nicht oder doch ungenügend geschützt werden. Die Konsensfreiheit wird eben nicht wegen der privaten Interessen im konkreten Einzelfall geschützt, sondern weil sie als ein Fundament der bestehenden sozialen und sitt-

---

[1] Vgl. Gmür Ziff. 7 zu Art. 122 Egger Nr. 2 zu Art. 122, Huber Erl. S. 128.

[2] Gmür a. a. O.

[3] Daher auch keine Beseitigungsmöglichkeit in den Fällen von Art. 100, Ziff. 3, 103/4, 150 (vgl. Art. 129 u. 130): Es liegt weder ein Konsensmangel noch ein gegen das Wesen der Ehe verstossendes Hindernis vor. Aus einem dritten Grunde lässt das ZGB die Beseitigung aber nicht zu.

lichen Ordnung im öffentlichen Interesse zu schützen ist [1]. Wenn der ihr zuteil werdende Schutz minimal ist, so erklärt sich dies aus gesetzgebungspolitischen Erwägungen.

Das ZGB scheut sich aber auch nicht, unter Umständen die Rechtssicherheit vollständig zugunsten der Ehe preiszugeben. Es geschieht dies durch eine besondere Verwendung des Zeitmomentes.

Das Gesetz sieht für die Anfechtungsklage eine bedingte und eine absolute Verjährungsfrist vor. Selbstverständlich nur für die Anfechtungsklage. Denn bei der Nichtigkeitsklage wäre jede Beschränkung zugunsten der Ehe unsinnig. Bei den Konsensmängeln dagegen lässt sich, wie im gewöhnlichen Vertragsrecht [2] eine nachträgliche Genehmigung, genauer eine stillschweigende Konsenserneuerung präsumieren. Dies geschieht im ZGB nach sechs Monaten seit Kenntnis bezw. Aufhören (Drohung) des Grundes und nach fünf Jahren überhaupt (Art. 127 ZGB). Und zwar handelt es sich um qualifizierte Rechtsvermutungen, d. h. das Klagerecht geht endgültig unter [3]. Es besteht dann gegebenenfalls eine konsenslose Ehe. Eigenartigerweise wird der Zeitablauf nicht oder wenigstens nicht in derselben Weise berücksichtigt für das Klagerecht des gesetzlichen Vertreters [4] Hier gelten die in Art. 128 Abs. 2 vorgesehenen, besonderen Beschränkungen.

---

[1] Die Doktrin berücksichtigt in der Regel nur den mit dem Anfechtungsrecht verbundenen Schutz der privaten Interessen. Das ändert nichts daran, dass das Anfechtungsrecht als Sanktion des Art. 117 ZGB erscheint und damit als Funktion der Rechtssicherheit. Das durch Herstellung des rechtmässigen Zustandes zu schützende Rechtsgut ist die Konsensehe. Wie weit dieser Schutz reichen soll, bestimmt sich nicht nach dem damit eventuell parallel laufenden Privatinteresse, sondern nach der Bedeutung, die man der Konsensfreiheit einerseits, der einmal geschlossenen und zu Recht oder Unrecht bestehenden Ehe anderseits beimisst. Daher die Möglichkeit eines zu gering erscheinenden Schutzes der privaten Interessen, daher aber auch anderseits die Möglichkeit einer Durchsetzung der privaten Interessen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung (d. h. nur weil und soweit diese privaten Interessen mit dem öffentlichen Interesse an der Konsensehe parallel laufen, können sie sich gegenüber dem Aufrechterhaltungsinteresse behaupten.) Unrichtig ist unseres Erachtens die Annahme, wenn tatsächlich ein Konsensmangel vorliege, so sei gar kein Aufrechterhaltungsinteresse vorhanden: dem widerspricht die Verjährbarkeit der Anfechtungsklage.

[2] Vgl. Art. 31. OR.

[3] Man könnte auch von Verwirkungsfristen sprechen, weil sie eben auf der Vermutung beruhen, es sei durch Genehmigung der materielle Anspruch auf Ungültigerklärung untergegangen. Ueber die Anwendung der Bestimmungen von Art. 127 ff OR vgl. Egger Nr. 1 zu Art. 127.

[4] Es ergibt sich dies wohl ohne weiteres aus der Stellung des Art. 128 im Gesetz.

Streitig ist in der Doktrin, ob sich die Verjährung auch auf den Tatbestand von Art. 122 Abs. 2 ZGB beziehe. Gmür [1] spricht sich für Unverjährbarkeit dieser Klage aus, namentlich in Ansehung der kurzen Fristen von Art. 127. Anderer Meinung ist Egger [2], der den Tatbestand zu den Anfechtungsgründen zählt und entsprechend die Verjährung darauf anwendet.

Für die Nichtigkeit und damit Unverjährbarkeit spricht vor allem der Wortlaut der Bestimmung und ihre Einordnung im Gesetz. Ferner deutet die Legitimation auch des gesunden, bösgläubigen Eheteils darauf hin, dass das Gesetz den Art. 122 Abs. 2 nicht als Anfechtungsgrund behandelt haben will und das Klagerecht nicht wegen des mangelnden Konsenses sondern aus andern Gründen verleiht. Welche andern Gründe hier in Frage kämen, ist allerdings nicht leicht zu sagen. Sicherlich nicht die Gewichtigkeit des Hindernisses oder die Unzumutbarkeit. Man bedenke nur, welche Schwierigkeiten z. B. der Scheidung wegen Geisteskrankheiten entgegenstehen (Art. 141 ZGB [3]! Freilich erscheinen die Fristen von Art. 127 ZGB bei der besonderen Natur der fraglichen Tatbestände etwas kurz: aber dasselbe Bedenken liesse sich bei Drohung oder bei Irrtum über gewisse körperliche Krankheiten äussern.

Demgegenüber lässt sich zugunsten der Anfechtbarkeit etwa sagen, dass der unsichere Zustand einmal ein Ende haben muss. Damit wird aber höchstens die Befristung bei Kenntnis bzw. Dahinfallen des Grundes erklärt [4]. Ausserdem spricht die Entstehungsgeschichte des Artikels eher für die Anfechtbarkeit [5], was jedoch kaum massgebend sein kann für die Interpretation der Bestimmung in ihrer jetzigen Gestalt.

Die angeführten Argumente lassen sich, wie angedeutet, immer gegeneinander ausspielen. Es scheint daher eine etwas einlässlichere Untersuchung der Frage angebracht.

Vergegenwärtigen wir uns die Interessenlage! Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit wird in Bezug auf das Klagerecht bekanntlich nur soweit berücksichtigt, als entweder das Interesse an der Aufrechterhaltung infolge der besonderen Beschaffenheit einer Verbindung überhaupt hinwegfällt, oder aber insofern als das Beharren auf der

---

[1] Ziff. 4 zu Art. 122 ZGB.

[2] Nr. 1b zu Art. 122 ZGB. Ebenso Steiner mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz (S. 97).

[3] Vgl. auch das oben S. 66 f Gesagte.

[4] Deshalb kennt z. B. das BGB, das von diesem Gedanken ausgeht, keine unbedingte Frist. Vgl. Staudinger Nr. 1 zu § 1339. (Auch dem ZivStG war sie noch unbekannt: Art. 50 leg. cit.).

[5] Vgl. Vorentwurf Art. 144 und Huber Erl. S. 128.

uneingeschränkten Begünstigung einer Verletzung des Prinzips der Konsensfreiheit gleichkäme.

Im ersten Fall versiegt die Rechtsgunst gänzlich, weil sie absurd wäre, im zweiten erfährt sie nur die unbedingt erforderlichen Einschränkungen. D. h. wo eine noch bestehende Ehe nicht das Interesse an der Aufrechterhaltung einfach gänzlich ausschliesst, ist dieses in vollem Umfang vorhanden und wird nur durch die Rücksicht auf andere öffentliche Interessen in seinem Schutze etwas beschränkt.

Einem solchen Tatbestand entspricht aber Art. 122 Abs. 2 ZGB. Die gesetzwirdrige Ehe besteht noch, aber der das Aufrechterhaltungsinteresse ausschliessende Grund ist offenbar hinweggefallen: denn die Popularklage und das amtliche Verfolgungsrecht existieren nicht mehr. Warum sollte die Rechtsgunst jetzt nicht wieder aufleben und im selben Masse platzgreifen wie in allen andern Fällen, wo eine Ehe zwar an einem Ungültigkeitsgrund leidet, jedoch nicht das Interesse an ihrer Aufrechterhaltung ausschliesst? Ein Grund lässt sich kaum finden.

Erfreut sich aber die Ehe der Rechtsgunst, so kommen eben die jenigen Normen zur Anwendung, durch welche die Rechtsgunst verwirklicht wird und es ist nicht einzusehen, warum einzelne solcher ehegünstiger Bestimmungen nur für gewisse Fälle Geltung haben sollten, für andere dagegen nicht. Es müsste dies schon durch eine Sondervorschrift erklärt werden. Als solche stellt sich die Legitimation des bösgläubigen gesunden Ehegatten dar. Dagegen findet sich für den Ausschluss der Verjährungsfristen keine Spezialbestimmung. Weshalb auch? Das ethische oder soziale Gut, das gefährdet erscheint, ist die Konsensehe: sie wird aber hier nicht stärker gefährdet als bei den Anfechtungsgründen. Daher wäre auch nicht verständlich, warum sie gerade hier einen stärkeren Schutz verdiente. Von eventuellen Privatinteressen ganz zu schweigen. Es haben daher unseres Erachtens die Fristen von Art. 127 ZGB auf für die Tatbestände von Art. 122 Abs. 2 Geltung.

Suchen wir nach dem Sinn dieser Klageverjährung, so stellen wir fest, dass es sich um eine weitere Begünstigung der Ehe handelt. Und zwar wird damit die Herstellung des rechtmässigen Zustandes gegebenenfalls gänzlich verunmöglicht. Die einzige Rechtfertigung dieser völligen Preisgabe der Rechtssicherheit liegt in der Natur der Willensmängel, weil sich hier, wie gesagt, eine nachträgliche Genehmigung präsumieren lässt. Jedoch sind die gesetzlichen Fristen so ausserordentlich kurz, dass von einer die Präsumption motivierenden Wahrscheinlichkeit kaum die Rede sein kann [1]. Es handelt sich somit

[1] Einer solchen Motivierung bedarf es eben bei Präsumptionen zum Schutze von Rechtsgütern nicht (vgl. oben S. 15).

um eine der einschneidendsten Massnahmen zugunsten der Ehe, die sich überhaupt denken lässt.

Wie stark das Zivilrecht zur Aufrechterhaltung der Ehe inkliniert, wie einschneidend die diesbezüglichen Massnahmen bei der Regelung des Klagerechts sind, lässt sich nun mit vermehrter Deutlichkeit bei der Betrachtung der Verhältnisse im kanonischen Recht erkennen.

Dieses wählt als Kriterium für die Unterscheidung der Ungültigkeitsgründe nicht deren Herkunft, sondern deren Beziehung zur Aussenwelt. Es unterscheidet zwischen ihrer Natur nach öffentlichen und ihrer Natur nach privaten Hindernissen. Oeffentlich ihrer Natur nach sind Hindernisse, deren Dasein durch öffentliche Urkunden, öffentliche Register und ähnliche Beweismittel dargetan werden kann [1]. Oeffentlich sind aber auch solche, die notorisch, d. h. allgemein oder wenigstens einem grösseren Kreis von Personen bekannt sind. Privat sind somit Hindernisse, bei denen all dies nicht zutrifft [2].

Daraus erhellt, dass einerseits der Begriff der reinen Privathindernisse nicht nur ausschliesslich die Konsensmängel erfasst und anderseits, dass an sich private Hindernisse unter gewissen Umständen zu öffentlichen werden können (z. B. durch Denunziation, Geständnis vor Gericht etc.).

Nach dieser Unterscheidung richtet sich auch das Klagerecht. Hinsichtlich rein privater Hindernisse sind nur die Ehegatten zur Klage berechtigt [3]. Wird jedoch ein solches Hindernis durch Anzeige (oder wie gesagt, durch allgemeines Bekanntwerden) zum öffentlichen, so entsteht damit auch der zuständigen Behörde ein Klagerecht [4]. Wir haben es also hier offenbar mit folgender Ueberlegung zu tun: Solange das Hindernis weder öffentlich bekannt noch nachweisbar ist, ist es der Oeffentlichkeit gar nicht möglich, sich damit zu befassen. Sobald jedoch der betreffende Umstand bekannt, oder sein Dasein wahrscheinlich wird, so muss den Vertretern der Oeffentlichkeit im Interesse der Rechtssicherheit das Recht verliehen werden, die Sache vor den Richter zubringen [5].

Dies wenigstens grundsätzlich. Im besondern greifen nun aber auch im kanonischen Recht gewisse Einschränkungen sowohl des

---

[1] Eine authentische Interpretation fehlt allerdings unseres Wissens bis anhin. Vgl. jedoch die herrschende Meinung bei Linneborn S. 130 ff., Sägmüller II, S. 137.

[2] So auch u. E. richtig, Linneborn a. a. O. Vgl. auch Sägmüller II 137. (A. M. Haring S. 3, Note 3).

[3] C. 1971, § 1 n 1.

[4] C 1971, § 1 n 3.

[5] Dagegen haben Dritte nie ein Klagerecht (vgl. das oben S. 66 zum Zivilrecht hierüber Gesagte). Desgleichen nicht der gesetzliche Vertreter: Die Kirche hat die mangelnde Einwilligung des Vertreters nicht zum Hindernis

amtlichen als auch des privaten Klagerechts Platz. Die Beschränkung des Klagerechts der Ehegatten hat durchaus poenalen Charakter. Es wird nämlich demjenigen Eheteil versagt, der an der (behaupteten) Ungültigkeit schuld ist; sei es, dass er das Hindernis schuldhafterweise gesetzt hat, oder dass er der Beseitigung des Hindernisses (durch Dispens etc.) hemmend entgegentrat. Nicht verwehrt werden kann ihm dagegen, die Erstattung einer Anzeige, durch welche auch hier die Behörde instand gesetzt wird, Klage zu erheben: so stark wirkt im kanonischen Recht das Moment der Rechtssicherheit [1].

Nun ist natürlich die Gefahr vorhanden, dass derjenige Ehegatte, der sich von der Ehe befreien möchte, der Behörde von dem durch ihn gesetzten Hindernis oder bei ihm vorliegenden Willensmangel Anzeige erstattet; oder auch, dass er durch Dritte eine solche Anzeige anbringen lässt. Die Rechtssicherheit würde die Klageanhebung auf jede Anzeige hin erfordern: denn die wahre Rechtslage abzuklären, ist Sache des Prozesses. Aber dann würde die strafweise Entziehung des Klagerechtes sinnlos. Deshalb wird die Klageanhebung der Behörde in solchen Fällen von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht. Es sind dies Bestimmungen, die also nur den Sinn einer Sanktion des Klagerechtsentzuges haben und nicht den einer Verdrängung der Rechtssicherheit zugunsten der Ehe. Denn, wenn die Rechtssicherheit es wirklich erfordert, so wird die Klage seitens der Behörde immer berechtigt sein [2].

Dies ergibt sich schon aus den genannten Voraussetzungen selber, indem dort immer der Vorbehalt des öffentlichen Bekanntseins der Ungültigkeit und des daraus resultierenden Aergernisses gemacht wird. Anderseits zeigt sich der poenale Charakter dieser Bestimmung besonders deutlich darin, dass bei angeblichem Konsensmangel Zeichen reuiger Gesinnung vorhanden sein müssen, ansonst die Anzeige unberücksichtigt bleibt; ferner darin, dass bei angeblichem, nicht im Konsens liegenden Hindernis, eine Heilung nach Entfernung des Hindernisses sich als unmöglich herausstellen muss.

Nichts mit unserer Frage zu tun hat die weitere Bestimmung, dass seitens der Behörde nur geklagt werden soll, wenn sich die Anzeige auf sichere und beweiskräftige Argumente stützt. Es handelt sich hier um Ordnungsvorschriften zur Vermeidung sinnloser Prozesse und dieselben sind zweifellos auch bei Anzeigen von dritter Seite zu beach-

---

erhoben, einerseits mit Rücksicht auf die Ehefreiheit (vgl. oben S. 15) und anderseits mit Rücksicht auf die Gestaltung des kanonischen Ehekonsenses. (Dagegen betrachtet sie die Befragung des Vertreters als sittliche Pflicht. Vgl. Linneborn S. 126).

[1] Vgl. Art. 38 und 39 Instr.

[2] Vgl. Jone zu c. 1971 § 1 n 2.

ten [1]. Sonst aber gelten die genannten einschränkenden Bestimmungen ausschliesslich für die seitens des schuldigen Ehegatten erstatteten Anzeigen, wie sich aus ihrem Wortlaut ohne weiteres ergibt [2].

Der strafweise Entzug des Klagerechts führt im Falle der Doppelehe zu einer besonders eigenartigen Abweichung von der oben erwähnten zivilrechtlichen Regelung. Während im Zivilrecht der gute Glaube des zweiten Ehegatten bei Wegfall der früheren Verbindung die Nichtigkeitsklage ausschaltet, und der gute Glaube beider Ehegatten überhaupt jedes Klagerecht beseitigt, so ermöglicht im kanonischen Recht erst der gute Glaube eines Ehegatten dessen Klageanhebung. Oder, anders gesagt, es verschränkt der böse Glaube dem schuldigen Teil das Klagerecht. Der Gutgläubige kann die Ungültigkeitsklage erheben. Der Bösgläubige ist an sein Wort gebunden. Sind beide gutgläubig, so können beide klagen [3].

Eine Verjährung der Klage findet selbstverständlich nicht statt. Es würde dies mit dem wegleitenden Prinzip in Widerspruch stehen. Desgleichen eine unwiderlegliche Vermutung des Verzichts auf Grund blossen Zeitablaufs. Beides wäre unvereinbar mit dem Gedanken, dass eine rechtwidrig zustande gekommene Ehe unbedingt müsse beseitigt werden können.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Das kanonische Recht geht von dem Grundsatz aus, dass sowohl den Ehegatten als auch den Behörden die Anfechtung einer ungültigen Ehe der Rechtssicherheit wegen offen stehen muss. Das Klagerecht eines Ehegatten fällt strafweise dahin, wenn er die Ungültigkeit der Ehe selbst verschuldet hat. Das amtliche Klagerecht [4] bleibt aus Gründen der Rechtssicherheit

---

[1] Einem ähnlichen Gedanken gibt Art. 41 § 2 Instr. Ausdruck, wonach anonyme Anzeigen nur zu berücksichtigen sind, wenn sie positive und schwerwiegende Tatsachen enthalten, und ferner Anzeigen dann nicht zu beachten seien, wenn die Ehegatten selbst klagen könnten und kein seiner Natur nach öffentliches Hindernis in Frage steht. Diese letzte Bestimmung steht nur scheinbar mit dem oben Gesagten in Widerspruch: Es handelt sich um eine rein technische Anweisung, welche besagt, dass zur Vermeidung von Aergernis Prozesse tunlichst zu unterlassen seien, solange nicht die Oeffentlichkeit des Hindernisses selbst zu Aergernis führe. Vgl. hiezu Linneborn S. 432.

[2] Sie sind aber wohl auch dann zu berücksichtigen, wenn es sich herausstellt, dass der denunzierende Dritte lediglich Mittelsmann des schuldigen Ehegatten ist (Vgl. auch Art. 41 § 3 Instr.)

[3] Vgl. Linneborn S. 236, Sägmüller II S. 158 Anm. 4.

[4] In der Doktrin wird gelegentlich unterschieden zwischen selbständigem und unselbständigem Klagerecht der Behörde, je nachdem diese auf eigene Initiative oder bloss auf Anzeige hin klagen kann: damit will aber der dem System zugrunde liegende Gedanke nicht verschleiert werden. Die Behörde hat schlechthin immer ein Klagerecht, weil die Rechtssicherheit dies erfordert. Sie kann daher theoretisch stets Klage erheben, wenn ihr ein die Rechtssicherheit gefährdender Tatbestand bekannt ist.

auch dann bestehen, wird jedoch in dem Umfang eingeschränkt, als der Zweck des strafweisen Klagerechtsentzuges gegenüber dem schuldigen Ehegatten dies verlangt. Eine eigentliche Bestimmung zugunsten der Ehe findet sich hinsichtlich der Gewährung des Klagerechtes nicht. Denn die strafweise Verschränkung des privaten und die damit verbundene Einengung des amtlichen Klagerechtes hat damit nichts zu tun, wenn sich auch letztere in favorem matrimonii auswirkt. Ihr Grund ist ein anderer: nicht weil man die Ehe aufrecht erhalten will (wie im ZGB), schränkt man hier ein, sondern weil man den ethischen Vorwurf sanktionieren will, der denjenigen trifft, der die Ungültigkeit einer Ehe schuldhaft herbeigeführt hat.

II. Die Klagepflicht.

Wenn wir die amtliche Legitimation zur Klage für beide Rechte als dem Interesse an der Aufrechterhaltung zuwiderlaufend bezeichnet haben, so fragen wir uns nun, ob nicht die Behörde von sich aus die Ausübung des Klagerechts im Sinne der Ehegunst beschränken kann und vielleicht sogar beschränken muss.

Zum Teil wird die Frage schon durch die Gesetze selbst beantwortet, indem aus denselben mehr oder weniger deutlich hervorgeht, dass, wo die Behörde zur Klage berechtigt, sie auch dazu verpflichtet ist. Das ZGB spricht dies sogar eindeutig in Art. 121 Abs. 1 aus: «Die Klage auf Nichtigerklärung ist durch die zuständige Behörde von Amtes wegen zu erheben». D. h. sobald die Behörde Kenntnis von einer nichtigen Ehe erhält, hat sie die Klage anzustrengen (sofern nicht schon von privater Seite geklagt wird).

Nun steht jedoch in den seltensten Fällen die Nichtigkeit ohne weiteres fest, ansonst schon der Zivilstandsbeamte die Trauung verweigert hätte. Vielmehr wird es meist höchst fraglich erscheinen, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliege oder nicht. Dem Ermessen der Behörde bleibt es anheim gestellt, zu entscheiden, ob die Zweifel an der Gültigkeit begründet oder aus der Luft gegriffen seien, d.h. ob sich die Nichtigkeit voraussichtlich beweisen lasse oder der Prozess von vorneherein aussichtslos sei.

Auf diese Prüfung beschränkt sich dabei auch die amtliche Ermessensfreiheit. D. h. die Behörde hat keinesfalls zu beurteilen, ob die Anhebung der Klage oder deren Unterlassen besser dem öffentlichen Interesse entspreche. Sie darf nicht von einer Klage absehen, weil ihres Erachtens im konkreten Fall mit der Aufrechterhaltung dem öffentlichen Interesse besser gedient sei. Sondern sie darf nur dann von der Klage Umgang nehmen, wenn objektiv feststeht, dass die Klage sich in keiner Weise begründen lässt. D. h. sie hat sich in ihrer Entscheidung ganz von den gegebenen Tatsachen leiten zu lassen,

unbeachtet der Folgen, die eine Entscheidung im einen oder andern Sinn für die Ehe zeitigen wird. Denn das öffentliche Interesse, dessen Wahrung hier ihre Aufgabe ist, ist einzig die Rechtssicherheit. Sie hat den Willen des Gesetzes zu vollstrecken, nach welchem Ehen zu beseitigen sind, die an Nichtigkeitsgründen leiden.

Im Gegensatz zum ZGB spricht der CIC nirgends ausdrücklich von einer Pflicht zur Klage, sondern dieselbe wird erst neuerdings in Art. 38 § 2 der Prozessinstruktion erwähnt. Und zwar nur im Zusammenhang mit dem Spezialfall, dass der Behörde durch den schuldigen Ehegatten oder Dritte Anzeige erstattet wird. Hiefür wird bestimmt: « . . . wenn jedoch die behauptete Ungültigkeit der Ehe öffentlich bekannt geworden ist und in der Tat ein Aergernis vorliegt . . ., dann hat der Amtsanwalt Recht und Pflicht, wegen der angezeigten Ehe formgerecht Klage zu erheben.»

Die Bestimmung gilt aber überall, wo ein amtliches Klagerecht vorhanden ist. Dies geht einerseits daraus hervor, dass Art. 35 § 1 u. 2 der das Klagerecht der Behörde grundsätzlich feststellt, auch auf Art. 38 bis 39 leg. cit. verweist, und anderseits ergibt es sich aus der Erwägung, dass eben die Pflicht das selbstverständliche Korrelat zum Recht ist, weil das Recht der Behörde im Allgemeininteresse verliehen wird. Wenn die Behörde klagen d a r f, weil die Klage dem öffentlichen Wohl dient, so m u s s sie auch klagen, weil eben die Wahrung des Allgemeinwohles ihre Aufgabe ist.

Es bedürfte schon einer Sonderbestimmung, wenn der Behörde das Recht eingeräumt werden sollte, darüber zu entscheiden, ob eine ungültige Ehe besser erhalten bleibe oder beseitigt werde. Eine solche Bestimmung findet sich jedoch nirgends. Zweifel könnten sich allerdings insofern erheben, als die Instruktion gewisse Präzisierungen enthält, bezüglich der Voraussetzungen, unter denen die Behörde zur Klage greifen soll.

Auffallend ist nämlich die Bestimmung in Art. 41 § 3 Instr., wonach es Sache der Behörde sei, zu untersuchen, ob die Klage einzuleiten oder Heilung durch Dispens anzustreben sei.

Es sind hier aber zwei Fragen zu unterscheiden. Nämlich zunächst diejenige nach der Möglichkeit einer Heilung, deren Lösung nicht in diesen Zusammenhang gehört [1], und erst, wenn diese Frage in verneinendem Sinn beantwortet ist, stellt sich die oben erwähnte zweite Frage, ob die Behörde, wenn zur Klage berechtigt, auch dazu verpflichtet sei. Diese Pflicht besteht nun aber zufolge der oben ge-

[1] Bei der Entscheidung über die Heilung verfügt die Behörde dann allerdings über die öffentlichen Interessen. Denn die Dispenserteilung bildet einen Akt der Rechtssetzung. Hierüber unten.

nannten Gründe. Kommt eine Heilung nicht zustande, so muss geklagt werden (es sei denn einer der Ehegatten klage).

Natürlich ist auch hier ein Ermessen der Behörde bezüglich der Begründetheit der Klage unvermeidlich. Dieses hat aber nach den nämlichen objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen, wie wir sie für das zivile Recht verlangt haben. Hierbei weisen die bereits erwähnten Ordnungsvorschriften den Weg, wonach Klagen auf Anzeigen hin nur anzustrengen sind, wenn die Anzeige sich auf schwerwiegende Tatsachen stützt [1].

Voraussetzung ist selbstverständlich immer, dass überhaupt ein Tatbestand vorliege, der das behördliche Klagerecht und damit die Klagepflicht begründe. Dies wird allerdings in der Instruktion nicht immer deutlich auseinandergehalten, indem beide Fragen gemeinsam in denselben Artikeln (38—41) geregelt werden. Und doch wird gerade die Prüfung der Sachlegitimation im kanonischen Recht unter Umständen mit Schwierigkeiten verbunden sein [2], weil gegebenenfalles zu entscheiden ist, ob ein an sich privates Hindernis zum öffentlichen geworden sei. Denn nur unter dieser Voraussetzung darf ja die Behörde eine Klage anheben.

Auch in dieser Beziehung wird es ohne behördliches Ermessen nicht abgehen, weil es keine allgemeine Regel dafür geben kann, wann «die behauptete Ungültigkeit der Ehe öffentlich bekannt geworden ist und in der Tat ein Aergernis vorliegt . . » [3]. Und auch hier wird strengste Objektivität am Platz sein, weil eine Berücksichtigung des favor nicht nur eine Anmassung gesetzgeberischer Entscheidungsmacht darstellen würde, sondern weil diese auch völlig dem Sinn der amtlichen Legitimation widerspräche.

§ 13. Die Wahrung der öffentlichen Interessen im Prozess

I. Durch öffentliche Organe in Parteistellung.

Um nun die Rolle der Rechtsgunst im Verfahren selbst zu erkennen, ist es angezeigt, die Stellung derjenigen Amtsstellen zu prüfen, die mit der Wahrung der öffentlichen Interessen im Prozess betraut sind. Denn eine Betrachtung sowohl des kirchlichen wie des zivilen Gesetzes zeigt uns sofort, dass es sich bei den das Annullierungsverfahren beschlagenden Sondervorschriften lediglich um einzelne Abweichungen vom ordentlichen Zivilprozess handelt, und dass diesel-

[1] Vgl. oben S. 73 f.

[2] Vgl. die Erörterung der Frage bei Haring S. 7, Jone zu c. 1971 § 1 n 2 und die dort zitierten.

[3] Nur auf diese Beurteilung bezieht sich u. E. auch Art. 39 b. Instr.

ben, soweit sie uns interessieren, sich ausschliesslich auf die Stellung oder Tätigkeit der erwähnten kirchlichen bezw. staatlichen Organe beziehen [1].

Im Anschluss an die Behandlung des Klagerechtes interessieren uns denn zunächst die Funktionen und Aufgaben der klageberechtigten Behörde.

Das ZGB erwähnt diese Behörde bloss, um ihre Klagepflicht festzustellen. Die Regelung der Zuständigkeit wird den Kantonen überlassen. Die Kantone können demnach die Staatsanwaltschaft oder auch eine andere Behörde für zuständig erklären. Wo aber nicht die Staatsanwaltschaft selbst zuständig ist, kann doch jedenfalls das kantonale Recht eine Vertretung der zuständigen Behörde durch den Staatsanwalt vorsehen, weshalb wir der Kürze wegen im folgenden statt von klageberechtigter Behörde von Staatsanwalt sprechen [2].

Für die Stellung des Staatsanwaltes im Ungültigkeitsprozess gibt nun Art. 121 Abs. 1 den bundesrechtlichen Rahmen ab. Gemäss dieser Bestimmung ist der Staatsanwalt bei Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes (im technischen Sinn des ZGB) zur Klageanhebung verpflichtet. Die, wie wir sahen, erschöpfende Aufzählung der Nichtigkeitsgründe [3] macht es für ihn notwendig, seiner Klage einen dieser gesetzlichen Tatbestände zugrunde zu legen; welchen er dabei bevorzugen will, steht in seinem Ermessen. Selbstverständlich hat jedoch auch diese Entscheidung mit der gleichen Objektivität getroffen zu werden, wie wir sie für die Entscheidung über die Klageanhebung selbst verlangt haben [4]. Denn auch hierbei handelt der Staatsanwalt von Amtes wegen und seines Amtes ist — dem Sinn des Klagerechts entsprechend — einzig der Schutz der Rechtssicherheit. Diese Aufgabe auferlegt ihm zunächst die Pflicht, die Nichtigkeit zu verfolgen, d. h. auf Grund eines gesetzlichen Nichtigkeitstatbestandes Klage zu erheben. Sie zwingt ihn des weitern, für die Beschaffung derjenigen Tatsachen zu sorgen, die zur Substanzierung des Klageantrages dienen und, wo dieselben bestritten sind, die Beweise zu erbringen. Er muss in diesem Sinne gegen die Ehe handeln, hat das ehevernichtende Material zu besorgen, befindet sich mit andern Worten in der Stellung des Angreifers.

Sein Ziel ist nun aber nicht die Zerstörung der Ehe schlechthin. Man muss sich vielmehr vor Augen halten, dass der Zweck der amtlichen Klagepflicht ausschliesslich der Schutz der Rechtssicherheit ist. Der Staatsanwalt hat das öffentliche Interesse an der Durchführung des

[1] Vgl. Lib. IV Tit. XX CIC und Art. 121 Abs. 1, 136, 158 ZGB.
[2] Für Bern vgl. EG Art. 6, ferner Art. 52, ff. ZPO.
[3] Vgl. oben S. 52 ff.
[4] Vgl. oben S. 75.

richtigen Rechtes zu vertreten. Es ist daher wohl seine Amtspflicht, durch Klageanhebung gegen Personen vorzugehen, die in einer nichtigen — also rechtswidrigen — Ehe leben. Es ist aber nicht weniger seine Amtspflicht, diese Klage zurückzuziehen, sobald sie nicht mehr begründet erscheint. Denn durch Unterlassung dieses Rückzuges und Fortsetzung des Rechtsstreits würde er eine Handlung begehen, die über den ihm erteilten Auftrag — Verfolgung der Nichtigkeit auf Grund eines Nichtigkeitstatbestandes — hinausginge und daher nicht mehr im öffentlichen Interesse läge.

Demzufolge hat er aber auch von Amtes wegen, diejenigen Tatsachen zu berücksichtigen, welche die Klagetatsachen entwerten. Nicht nur das, er muss überhaupt ex officio den eheerhaltenden Tatsachen nachgehen und dieselben beschaffen, weil deren Vorhandensein ihn gegebenenfalles zum Rückzug der Klage verpflichtet. Die Amtstätigkeit des Staatsanwalts erstreckt sich somit nicht nur auf die Beschaffung des ehevernichtenden, sondern auch auf die Beschaffung des eheerhaltenden Materials. Letzteres bedeutet nun aber nicht einen Ausfluss der Rechtsgunst, welche die Ehe geniesst, sondern lediglich ein fiat iustitia und erklärt sich aus der spezifischen Aufgabe des Amtsklägers, die Rechtssicherheit zu schützen. Diese Aufgabe nötigt ihn zur Erforschung des wahren Sachverhaltes, auf Grund dessen erst eine Abklärung der Rechtslage, im Sinne der Rechtssicherheit erfolgen kann [1].

Erforschung der materiellen Wahrheit! Dies ist das Ziele seiner gesamten Tätigkeit. Keinesfalls hat er zweierlei Interessen zu vertreten, was ja schon psychologisch eine Unmöglichkeit wäre. Er vertritt nur das Rechtssicherheitsinteresse und niemals das Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe. Das Schicksal der konkreten Verbindung muss ihm gleichgültig sein, ihn interessiert ausschliesslich die Feststellung der wahren Rechtslage. Seine Disposition über Klageanhebung und Klagerückzug (wie auch über die Substanzierung des Klageantrages) hat durchaus den Charakter einer amtlichen Tätigkeit und muss daher ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des einzelnen Falles streng nach objektiven Gesichtspunkten vorgenommen werden. Es bleibt in dieser Hinsicht, wie bereits angedeutet, durchaus kein Raum für eine Begünstigung der Ehe, auch nicht im Rahmen der unvermeidlichen Ermessensfreiheit.

Was für Klageanhebung und für Klagerückzug gilt, muss auch für die Ergreifung von Rechtsmitteln gelten. Der Staatsanwalt kann sowohl zugunsten wie zuungunsten der Ehe ein Rechtsmittel einle-

---

[1] Vgl. Gisi 467.

gen und hat dies in beiden Fällen von Amtes wegen zu tun, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind [1].

Das Bundesrecht räumt dem Staatsanwalt im Nichtigkeitsprozess aber lediglich Parteistellung ein. Er hat als Partei, besser als Quasi-Partei das Rechtssicherheitsinteresse zu wahren; nicht dagegen eine allgemeine Ueberwachung der richterlichen Rechtsanwendung zu üben. Von einer solchen Kontrolltätigkeit kann, soweit Bundesrecht in Frage kommt, keine Rede sein. Noch weniger kann es sich für den Staatsanwalt darum handeln, einer Partei bei der Verfolgung der Nichtigkeit zu assistieren. Er ist gänzlich unabhängig von den Parteien. Dies geht schon daraus hervor, dass er nicht notwendig in Funktion zu treten braucht, wenn und solange von privater Seite die Nichtigkeitsklage angehoben, bezw. der Rechtsstreit fortgesetzt wird, oder umgekehrt, dass er gegebenenfalls aus eigenem Recht klagen kann, auch wenn der Privatkläger auf eine Weiterverfolgung der Klage verzichtet.

Vielmehr obliegt es dem Staatsanwalt nur, das öffentliche Interesse in Bezug auf denjenigen Gegenstand wahrzunehmen, auf den es im betreffenden Verfahren gerichtet ist: d. h. hier das Interesse in Bezug auf die Durchführung des richtigen Rechtes.

Aus dem Gesagten erhellt, dass gemäss den Bestimmungen des ZGB im Eheprozess kein öffentliches Organ in Parteistellung mit der Wahrung des Aufrechterhaltungsinteresses betraut ist.

Im Nichtigkeitsverfahren findet die Rechtssicherheit ihren Vertreter im Staatsanwalt. Das Aufrechterhaltungsinteresse dagegen bleibt ohne parteimässige Vertretung, wenn man vom Beklagten absieht, der vielleicht — sofern er nämlich ein parallel laufendes Privatinteresse besitzt — im Sinne der Aufrechterhaltung tätig wird. Es liegt darin eine konsequente Fortbildung des von uns beim Klagerecht festgestellten Gedankens, dass angesichts von Nichtigkeitsgründen ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung überhaupt nicht gegeben sei, und sich daher irgend eine Massnahme zugunsten der Ehe und auf Kosten der Rechtssicherheit nicht rechtfertige. So logisch diese Regelung erscheint, ist sie dennoch keine selbstverständliche. Vielmehr wäre es leicht denkbar, dass auch dem Aufrechterhaltungsinteresse eine parteimässige Vertretung in Gestalt eines öffentlichen Organs gegeben würde. Denn während eine Beschränkung des Klagerechtes bei den Nichtigkeitsgründen als untunlich, ja absurd erscheinen müsste, weil gegebenenfalles a priori die Beseitigung von Ehen verunmöglicht würde, wo sie durch das öffentliche Interesse geardezu gefordert wird, so könnte die Einführung einer die Ehe verteidigenden Amtsstelle auch bei den Nichtigkeits-

[1] Wie Gisi (S. 449) feststellt, ist seine Rolle im Eheprozess ganz analog derjenigen im Strafprozess.

gründen ihren guten Sinn haben. Und dies aus psychologischen Gründen. Denn der Staatsanwalt tritt eben doch in erster Linie als Kläger auf und so sehr es auch seine Pflicht sein mag, die materielle Wahrheit zu erforschen, so wenig er im Dienste zweier konträrer Interessen steht, wird er sich doch vorwiegend als Ankläger entwickeln, was sich unter Umständen nicht nur gegen das Rechtssicherheitsinteresse, sondern indirekt auch gegen das Interesse an der Aufrechterhaltung auswirken kann. D. h. es ist fraglich, ob er der geeignete Mann ist, um auch die eheerhaltenden Momente voll zu berücksichtigen.

Im Anfechtungsprozess wird von bundeswegen überhaupt kein öffentliches Organ in Parteistellung tätig. In wiefern hier der Richter die öffentlichen Interessen zu wahren hat, und namentlich welche öffentlichen Interessen er wahrzunehmen hat, wird später zu untersuchen sein [1]. Vereinzelte kantonale Zivilprozessordnungen [2] sehen jedoch ein Mitwirkungsrecht des Staatsanwaltes bei allen Prozessen, die das öffentliche Interesse berühren, vor. Mithin auch beim Anfechtungsprozess. Hier jedoch nicht als Kläger — dies wäre bundesrechtswidrig — sondern als blosser Intervenient. Die Einrichtung scheint allerdings in der Praxis eine bescheidene Rolle zu spielen [3]. Wir betrachten sie dennoch etwas näher, da ihre Anwendung im Eheprozess zu manchen Aehnlichkeiten mit dem Institut des kanonischen Eheverteidigers [4] führt.

Wie gesagt kann nach diesen kantonalen Prozessordnungen der Staatsanwalt im Anfechtungsprozess intervenieren. In diesem Fall ist es nun aber nicht das Rechtssicherheitsinteresse, das er vertritt, sondern das Interesse an der Aufrechterhaltung. Denn aus der Ausschliesslichkeit des privaten, d. h. dem völligen Fehlen eines amtlichen Klagerechtes geht hervor, dass es in solchen Prozessen nicht Sache des Staatsanwaltes sein kann, ehevernichtende Tatsachen vorzubringen, eheerhaltende Tatsachen zu bestreiten, Rechtsmittel zuungunsten der Ehe einzulegen etc. Vielmehr ist jedes Tätigwerden, das auf Vernichtung der Ehe gerichtet ist, den Privaten vorbehalten. Es kann sich für den Staatsanwalt nur um eine Intervention zugunsten der Ehe handeln [5].

---

[1] Desgleichen die Wahrung öffentlicher Interessen bei Nichtigkeitsprozessen, in welchen die Klage von privater Seite ausgeht.

[2] Eingehend Hoffet S. 64 ff.

[3] Vgl. Hoffet S. 103; für Bern besonders Leuch zu Art. 53 ff.

[4] Hierüber unten.

[5] Selbstverständlich kann das kantonale Recht auch eine Intervention zur Wahrung der Interessen einer Partei vorsehen. Dies berührt uns aber nicht. Uns beschäftigt der Fall, wo der Staatsanwalt im Anfechtungsprozess als Vertreter der Oeffentlichkeit auftritt. Hier ist er unabhängig vom Anfech-

Er wird zugunsten der Ehe Tatsachen beschaffen, zugunsten der Ehe für die Beweise sorgen, zugunsten der Ehe Rechtsmittel einlegen. Niemals dagegen wird er etwas zum Schaden der Ehe vornehmen dürfen, jede derartige Handlung wäre bundesrechtswidrig. Sein Ziel ist hier nicht die Erforschung des objektiven Sachverhalt, sondern die Aufrechterhaltung der Ehe [1]. Das bedeutet aber eine erhebliche Verschlechterung der Stellung des Privatklägers, der sich nun nicht nur dem Beklagten sondern auch noch dem Staatsanwalt gegenübersieht, und man könnte sich frager., ob eine solche Massnahme nicht eine Verminderung des bundesrechtlich vorgesehenen Rechtschutzes der Privaten darstelle [2].

Der Interessenlage, wie sie sich aus der Gestaltung des Klagerechtes ergibt, kann eine Entscheidung nicht entnommen werden. Denn, wenn wir schon festgestellt haben, dass der Schutz der Konsensfreiheit sich im Anfechtungsrecht der Kontrahenten erschöpfe, so ist damit noch nicht gesagt, dass dieser Schutz durch Verschlechterung der Klägerstellung, wie sie die Intervention mit sich bringt, noch vermindert werden dürfe. In der Tat lässt sich eine Rechtfertigung des Interventionsrechts nur aus Art. 158 ZGB ableiten, indem hier, wie noch zu zeigen sein wird, die Offizialmaxime zum Teil auch für das Anfechtungsverfahren vorgeschrieben wird und zwar immer im Sinne einer Begünstigung der Ehe. Eine Mitwirkung des Staatsanwaltes zur Unterstützung des Richters bei der Wahrung des hier auf dem Spiel stehenden Aufrechterhaltungsinteresses lässt sich immerhin denken. D. h. es darf angenommen werden, dass es dem kantonalen Prozesse freistehe, zur Entlastung und Unterstützung des Richters noch eine zweite Behörde am Prozess teilnehmen zu lassen, ohne damit die Rechte der Privaten zu verletzen, weil sich eben die Tätigkeit dieser zweiten Behörde auf eine Assistierung des Richters bei der ihm von Bundeswegen vorgeschriebenen Wahrung des Aufrechterhaltungsinteresses beschränkt [3].

---

tungsbeklagten, kann auch gegen dessen Willen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und Rechtsmittel einlegen — aber immer nur zugunsten der Ehe.

[1] Das öffentliche Interesse an der Rechtssicherheit wird bei Konsensmängeln eben nicht für so wichtig erachtet, dass es um jeden Preis geschützt werden müsste, sondern es soll bloss eine Möglichkeit vorhanden sein, den rechtmässigen Zustand eventuell herzustellen; eventuell, d. h. wenn die zumeist Betroffenen die Rechtswidrigkeit empfinden.

[2] Zulässig ist selbstverständlich eine Intervention bei Nichtigkeitsprozessen, die von privater Seite angehoben werden; hier jedoch im Sinne der Rechtssicherheit.

[3] Unter diesem Gesichtspunkt hat auch das BG die Zulässigkeit solcher Intenventionen bejaht. Vgl. BGE 31 II 8. Vgl. auch Hoffet S. 110.

Eine vom Zivilrecht völlig abweichende Regelung weist das kanonische Recht auf. Wie gezeigt wurde, steht die Ausgestaltung des Klagerechtes ganz im Zeichen der Rechtssicherheit, wird das Interesse an der Aufrechterhaltung völlig ignoriert. Ganz anders verhält es sich im Prozesse selbst. In diesem wird dem Widerstreit der beiden Interessen in eigenartiger Weise Rechnung getragen, indem zur Vertretung jedes dieser Interessen ein besonderes öffentliches Organ bestimmt wird. Dem amtlichen «Eheankläger» wird ein amtlicher «Eheverteidiger» gegenübergestellt [1]. Dem Promotor der Defensor [2]. Man kann den promotor iustitiae Funktionär der Rechtssicherheit, den defensor vinculi Funktionär der Ehegunst nennen. Die Bezeichnungen bringen übrigens trefflich den Zweck ihrer Tätigkeit zum Ausdruck.

Aufgabe des Promotors ist die Wahrung des Rechtssicherheitsinteresses, seine Tätigkeit auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gerichtet und seine Stellung im Prozess derjenigen des Staatsanwaltes nach Art. 121 Abs. 1 ZGB völlig analog. Dies ergibt sich schon ohne weiteres aus seinem Klagerecht [3] und wird durch die zahlreichen Einzelbestimmungen, durch welche seine Rechte und Pflichten eine Umschreibung erfahren, vollauf bestätigt [4]. Seine Aufmerksamkeit ist — wenngleich er als Kläger auftritt — nicht auf die Beseitigung der Ehe gerichtet, sondern vielmehr auf die Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Wie er zur Klageanhebung verpflichtet ist, so ist er auch zum Klagerückzug verpflichtet [5], wenn die Klage nicht mehr begründet erscheint. Die Ehe als solche interessiert ihn nicht.

In scharfem Gegensatz dazu konzentriert sich das Interesse des Defensors ausschliesslich auf die Ehe selbst und zwar, wie aus dem Namen hervorgeht, auf deren Erhaltung. Er tritt positiv für die Ehe ein. Er hat «Einwendungen gegen die Nichtigkeit der Ehe und die Beweismomente für die Gültigkeit . . . aufzuschreiben [6] und anzuführen und überhaupt alles das vorzubringen, was er zur Verteidigung der Ehe für nützlich erachtet» (c. 1968 n 3). Er äussert sich nur zugunsten der Ehe. Jedes andere, der Ehe abträgliche Verhalten wäre pflichtwidrig [7]. Er ist ausschliesslich Verteidiger und nur die Erhaltung interessiert ihn. Ob sie dem rechtmässigen Zustand entspreche oder nicht, ist für ihn gänzlich belanglos. Schranken werden ihm nur gezo-

---

[1] c. 1586

[2] Dieser ist nicht Beklagter: vgl. oben S. 60, Anm. 1.

[3] c. 1971 § 1 n 3, vgl. oben S. 72 und 75 f.

[4] So z. B. durch Art. 46 Instr.

[5] Art. 41 § 4 Instr. Vgl. auch Jone zu c. 1971.

[6] Das kanonische Verfahren ist vorwiegend schriftlich (vgl. Haring IX).

[7] Argumentum a contrario aus c. 1968.

gen durch Vernunft und Moral. Durch die Moral insofern als er als öffentliches Organ sein Ziel — die Aufrechterhaltung der Ehe — selbstverständlich nicht durch unwahre Angaben und Verheimlichungen anstreben darf, vielmehr ihm bekannte, falsche Aussagen der Parteien richtigzustellen hat (Art. 70 § 1 n 3 Instr.). Durch die Vernunft, indem er auf Einwendungen gegenüber klägerischen Vorbringen verzichten darf, wenn solche eines vernünftigen Gehaltes entbehren müssten [1]. Diese Einschränkungen seiner Verteidigungspflicht dürfen aber keineswegs dahin gedeutet werden, als obliege ihm die Erforschung der materiellen Wahrheit. In einem Schreiben der Sakramentenkongregation an die Ortsordinarien wird es ausdrücklich verworfen, dass der Defensor irgend etwas positiv zugunsten der Ungültigkeit der Ehe äussere [2].

Es wäre unseres Erachtens auch irrig, in der Gegenüberstellung von Promotor und Defensor gewissermassen eine Arbeitsteilung zu erblicken zum Zwecke einer sicheren Ermittlung der materiellen Wahrheit. Allerdings ist das kontradiktorische Verfahren zu diesem Zwecke von Vorteil. Die Gegenüberstellung der beiden öffentlichen Organe wird sich unter Umständen — wenn kein Privatkläger, bezw. kein Beklagter vorhanden ist [3] — in diesem Sinne auswirken. Und es ist zweifellos nicht zuletzt dieser Gedanke, der zur Einführung des Promotors in den Prozess bewegt. Allein es besteht nie ein öffentliches Interesse an der Beseitigung der Ehe schlechthin. Der Promotor wird aber selbständig zur Wahrung des öffentlichen Interesses aufgestellt und nicht bloss zur Ermöglichung eines kontradiktorischen Verfahrens (c. 1586). Desgleichen der Defensor (ebenda). Diese Auffassung widerspräche dem Sinn des Gesetzes. Es hat nicht der Promotor allein das ehevernichtende, der Defensor allein das eheerhaltende Material zu beschaffen. Sondern der Promotor besorgt sowohl das ehevernichtende als auch das eheerhaltende Material, der Defensor dagegen nur das eheerhaltende.

Der Promotor ist völlig frei in seinen Vorbringen; er darf sich sowohl zugunsten wie zuungunsten der Ehe äussern [4]. Dem Defensor ist jede positive Aeusserung zuungunsten der Ehe untersagt. Praktisch mag das Dasein eines Defensors allerdings dazu beitragen, dass der Promotor sich vorzugsweise in ehevernichtendem Sinn betätigt,

---

[1] Vgl. Jone zu c. 1968 n 3. Eine Ausnahme aber bildet die absolute Pflicht zur Appellation, c. 1986.

[2] Zitiert bei Jone, s. Bem. zu c. 1586.

[3] Vgl. oben S. 60, Anm. 1.

[4] Vgl. Jone zu c. 1586 (er muss eben unter Umständen sogar von Amtes wegen zugunsten der Ehe tätig werden; z. B. wenn der Defensor seine Pflichten versäumt).

aber es ist dies jedenfalls nicht der Zweck seines Amtes. Wir haben bekanntlich dasselbe Bedenken schon beim Staatsanwalt geäussert, obwohl im Zivilrecht ein Defensor nicht vorhanden ist. Vom Gesetz wird dieser Tendenz in keiner Weise Vorschub geleistet.

Wir sehen: Auf der einen Seite Erforschung der materiellen Wahrheit durch den Promotor, auf der andern vorbehaltlose Verteidigung der Ehe durch den Defensor. Beides im öffentlichen Interesse und demzufolge von Amtes wegen.

Hiezu ist nun zu sagen, dass die blosse Bestellung eines Eheverteidigers wohl den Begünstigungswillen zum Ausdruck bringt, jedoch an sich noch keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit bedeutet [1]. Dass sich der Defensor in der leichteren Stellung eines Quasi-Beklagten befindet, ergibt sich aus der Natur der Sache, und wird ohnehin ziemlich unwesentlich, da für das Verfahren Offizialmaxime und damit Prüfungspflicht des Richters gilt [2]. Dass sich der Defensor, wenn er gegen den Promotor auftritt, an einen Gegner wendet, der schon kraft seines Amtes zum Teil Hand in Hand mit ihm arbeitet, ist juristisch gleichgültig. Psychologisch könnte es eine Rolle spielen, insofern als es zu gemeinsamen Bestrebungen zugunsten der Ehe führen könnte. Wir haben aber soeben angedeutet, dass eher das Gegenteil zu befürchten ist, nämlich eine einseitige Betätigung des Promotors als Ankläger. Die Geltendmachung der Ungültigkeit wird durch das blosse Dasein einer dieselbe bestreitenden Amtsstelle in keiner Weise erschwert. Wichtig aber ist, dass die Wahrung des Aufrechterhaltungsinteresses überhaupt einer Amtsstelle anvertraut wird, und zwar für jeden Eheprozess, unbesehen der Art des vorliegenden Ungültigkeitsgrundes. In diesem Sinn verleiht die Aufstellung des Eheverteidigers allerdings in lapidarer Weise der Ehegunst Ausdruck.

Eine nähere Betrachtung seiner Funktionen erweist jedoch, dass dem Defensor zugunsten der Ehe eine Stellung eingeräumt wird, die ihm einen weitergehenden Einfluss auf den Gang des Verfahrens sichert als dem Promotor und tatsächlich einer Vernachlässigung des Rechtssicherheitsinteresses gleichkommt.

Obwohl auch dem Promotor entsprechend seiner Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit Rechte zukommen, die keine private Partei besitzt, so hat er doch nicht annähernd die Kompetenzen des Defensors. Am eindrücklichsten mag eine Vergleichung der Rechte und Plichten des Promotors mit denjenigen des Defensors die privilegierte Stellung des letzteren zu zeigen. Die damit ver-

---

[1] Die prozessuale Situation wird hierdurch nicht verändert, weil auf der Klägerseite auch ein öffentliches Organ tätig wird oder — wenigstens theoretisch — tätig werden kann.

[2] Hierüber unten.

bundene Weitläufigkeit scheint gerechtfertigt, angesichts der Originalität dieses kanonischen Instituts. Abzusehen ist dabei von jenen Bestimmungen, durch die den beiden Behörden einzig die gewöhnlichen Parteirechte eingeräumt werden.

Sowohl Promotor wie Defensor sind völlig unabhängig von den Parteien [1]. Sie müssen zu allen Prozesshandlungen geladen sein, ansonst dieselben ungültig sind (c. 1587 § 1). Sie haben das Recht, die Beschlagnahme einer Sache oder das Verbot der Ausübung eines Rechtes zu verlangen (c. 1672 § 3 [2]). Sie können eine vom Privatkläger verlassene Instanz zu der ihrigen machen und die Klage weiterverfolgen (c. 1850 § 1 [3]). Ihr Gutachten muss vom Richter bei der Vornahme zahlreicher Prozesshandlungen eingeholt werden.

Ueberdies geniesst aber der Defensor noch eine Anzahl Privilegien, deren wichtigste wir in drei Gruppen zusammenfassen können [4].

1. Der Defensor muss bei jeder Prozesshandlung — mit Ausnahme der Urteilsschöpfung [5] — zuvor um seine Meinung gefragt werden, während dies für den Promotor nur in beschränktem Masse zutrifft [6]. Er ist namentlich zu hören betreffs der bei der Zeugeneinvernahme zu beobachtenden Methode (Art. 133 Instr.). Ferner dürfen die Akten den Parteien nicht eröffnet werden, bevor er sie überprüft hat (Art. 175 § 1 Instr.). Er hat das Privileg, immer als Letzter gehört zu werden (Art. 183 § 1 Instr.).
2. Die Parteien müssen die Fragen, die sie im Prozess gestellt haben wollen, zuvor dem Defensor einreichen, damit er zu denselben Stellung nehmen und danach seine eigenen Fragen formulieren kann (Art. 125 § 2, 70 § 1 n 2 Instr.). Diese Pflicht trifft auch den Promotor (Art. 70 § 2 Instr.). Der Defensor stellt

---

[1] Es lässt sich dies nicht nur dem Zweck ihrer Tätigkeit entnehmen, sondern ergibt sich einwandfrei aus einzelnen Gesetzesbestimmungen. So hinsichtlich des Promotors, z. B. aus dem Umstand, dass auch der klageunfähige Ehegatte sich durch einen Advokaten vertreten lassen kann (wenigstens solange der Promotor die Klage aufrecht erhält), Art. 46 Instr.; hinsichtlich des Defensors, dass auch dem Beklagten die Wahl eines Advokaten offen steht, und dass er selbständig neben dem Defensor zur Appellation berechtigt ist, Art. 43 § 4 Instr., bezw. Art. 212 § 3 Instr.

[2] Für den Promotor speziell noch Art. 63 Instr.

[3] Dies gilt für den Defensor nicht bezüglich der Ungültigkeitsklage selbst.

[4] Wobei es sich nur um eine behelfsmässige Anordnung, nicht um ein nach durchgreifenden Kriterien ausgerichtetes System handeln soll.

[5] C. 1871.

[6] So z. B. wird nur der Defensor befragt in den Fällen der Art. 89 § 1, 97, 126, 140, 167, 177, 201 Instr. (Vgl. auch Haring und die dort zitierten zahlreichen Bestimmungen des Kodex).

seine Fragen erst hierauf und zwar verschlossen und versiegelt dem Richter zu, der sie erst bei der Vernehmung [1] eröffnen darf (Art. 70 § 1 n 1 Instr.) [2].

3. Der Defensor hat das Recht, die Prozessakten in jedem Augenblick einzusehen, auch wenn sie den Parteien noch nicht offengelegt sind (Art. 71 § 1 Instr.). Er kann nicht nur eine mündliche Verhandlung verlangen, sondern darf weitere Prozesshandlungen beantragen und Verlängerung der Fristen zur Abfassung neuer Schriftsätze fordern (Art. 71 § 1 n 3; c. 1969).

Dem Dargestellten zufolge nimmt der Defensor, auch wo er sich dem Promotor gegenübersieht, einen ganz bevorzugten Platz im Prozesse ein. Er hat einmal als Quasi-Partei aktiv am Prozesse teilzunehmen und wird in dieser Stellung von vorneherein schon bevorzugt (vgl. oben Nr. 2); ferner hat er den Gang des Verfahrens, die Anwendung des Gesetzes durch das Gericht zu überwachen, sowie die Tätigkeit der Parteien zu kontrollieren (vgl. oben Nr. 3) [3]; und endlich hat er bei allen Prozesshandlungen — mit der erwähnten Ausnahme — beratende Stimme und damit Gelegenheit, Einfluss auszuüben auf den Verlauf des ganzen Verfahrens (Vgl. oben Nr. 1).

Wir sehen also: Dem Vertreter des favor matrimonii werden die ausgedehntesten Kompetenzen zuerkannt. Das Rechtssicherheitsinteresse erscheint demgegenüber in seinem Schutze beschränkt und eingeengt, und selbst wo es durch ein öffentliches Organ, den Promotor vertreten wird, vernachlässigt. Dies kommt schon deutlich darin zum Ausdruck, dass für jeden Ungültigkeitsprozess die Mitwirkung eines Defensors vorgeschrieben ist, während der Promotor nur in Aktion tritt, wenn ein öffentliches Hindernis vorliegt und entweder kein Privatkläger da ist, oder dessen Tätigkeit als zum Schutz des Rechtssicherheitsinteresses unzureichend erachtet wird [4]

Noch auffallender tritt die Ehegunst in der Bestimmung zutage, dass der Defensor von Amtes wegen gegen jedes Urteil erster Instanz appellieren muss, das die Ungültigkeit ausspricht [5]. Es wird nicht seinem Ermessen anheimgestellt, zu entscheiden, ob die Appellation

---

[1] Zeugenabhörung oder Parteiverhör cc. 1756—1791, bezw. cc. 1742—1746.

[2] Der Richter hat sie in der Art und Reihenfolge, wie der Defensor es bestimmt, zu stellen, vgl. Jone zu c. 1968.

[3] Wobei allerdings dem Richter das Prozessleitungsrecht gewahrt bleibt, indem er ungesetzliche Fragen des Defensors ablehnen kann. (Art. 71 § 2 Instr.)

[4] Intervention gemäss c. 1586.

[5] C. 1986, Art. 212 § 2 Instr. (Dagegen ist ihm die Appellation untersagt, wenn ein Ehegatte während des Prozesses stirbt. Art 222 § 2 Instr. Hierüber unten).

begründet oder zwecklos sei. Er muss appellieren und kann bei Vernachlässigung dieser Pflicht dazu gezwungen werden. Die zehntägige Appellationsfrist ist in diesem Fall als blosse Ordnungsvorschrift zu nehmen [1]. Erst gegenüber einem zweiten, gleichlautenden Urteil wird es ihm freigestellt, die Sache noch weiterzuziehen. D. h. er darf dann die Berufung unterlassen, sofern «er dies vor seinem Gewissen verantworten kann».

Der Promotor dagegen kann immer nach freiem Ermessen entscheiden, ob er ein Rechtsmittel einlegen will oder nicht [2].

Die Ehegunst gelangt also im Verfahren, was ihre parteimässige Vertretung anbetrifft, zu grösster Entfaltung. Es ist aber zu beachten, dass durch keine dieser formellrechtlichen Bestimmungen die Rechtssicherheit völlig verdrängt, die Herstellung des rechtmässigen Zustandes gänzlich ausgeschlossen wird. Dies wiederspräche dem Prinzip, dass die Durchführung des richtigen Rechts unter allen Umständen zu gewährleisten sei. Das Rechtssicherheitsinteresse wird trotz der mächtigen Demonstration der Ehegunst daher nie preisgegeben, wie etwa im Zivilrecht, wo durch die besondere Gestaltung des Klagerechts für gewisse Fälle die Herstellung des rechtmässigen Zustandes überhaupt verunmöglicht wird (z. B. infolge der Verjährbarkeit der Anfechtungsklage).

Ueber die Gründe, die zu so divergierenden Regelungen den Anlass gaben, wird später einiges zu bemerken sein. Vorläufig haben wir uns einem weiteren Funktionär öffentlicher Interessen zuzuwenden: dem Richter.

II. Durch den Richter.

Für die Stellung des Richters im zivilen Eheprozess ist massgebend einerseits Art. 121 ZGB und anderseits Art. 158 ZGB.

Der erstgenannte Artikel ist insofern bestimmend für die Tätigkeit des Richters, als darin die Verfolgung der Nichtigkeit von Amtes wegen vorgeschrieben wird. Es wird zwar im ersten Absatz eine vom Richter verschiedene Behörde damit beauftragt. Da dieselbe aber nur subsidiär in Funktion tritt, d. h. nur insofern kein Privatkläger vorhanden ist, so ergibt sich für alle andern Fälle eine Lücke im Schutz des öffentlichen Interesses, die nur durch den Richter ausgefüllt werden kann. Denn der Privatkläger hat, wenn er gemäss Art. 121 Absatz 2 ZGB Klage erhebt, zwar wohl ein dem öffentlichen Interesse parallel laufendes persönliches Interesse an der Nichtigerklärung. Allein es besteht für ihn keine Pflicht, den angehobenen Prozess im Sinne des öffentlichen Interesses durchzuführen. Er kann

[1] Vgl. Jone zu c. 1881.
[2] Ueber das freie Ermessen vgl. oben S. 76.

jederzeit Handlungen vornehmen, die dem öffentlichen Interesse an der Verfolgung der Nichtigkeit widersprechen, oder er kann auch Handlungen im Widerspruch zum Verfolgungsinteresse unterlassen. Namentlich kann es ihm nicht verwehrt werden, über das ihm bekannte Tatsachenmaterial in dem Sinn frei zu verfügen, dass er Tatsachen entweder überhaupt zu erwähnen unterlässt, oder aber die behaupteten Tatsachen zu beweisen, sich nicht die Mühe nimmt. Umgekehrt wird er gegebenenfalles die Nichtigkeit auch verfolgen, wo dies nicht im öffentlichen Interesse liegt, d. h. er wird zwecks Erreichung einer Nichtigerklärung keine Rücksicht nehmen auf Tatsachen, welche einem solchen Entscheid entgegenstünden. Mit andern Worten, der Privatkläger kann nicht angehalten werden, im Interesse der Rechtssicherheit tätig zu werden, es ist reiner Zufall, wenn seine privaten Interessen mit dem öffentlichen Interesse in Einklang stehen. Die Tätigkeit der Privaten (Kläger oder Beklagter) ist für die Rechtssicherheit nur insofern wertvoll, als das kontradiktorische Verfahren es für die Erforschung der materiellen Wahrheit überhaupt ist. Es ist nicht zuletzt dieser Grund, der den Gesetzgeber dazu veranlasst hat, für den Fall, dass kein Privatkläger auftritt, eine besondere Behörde mit der Klageanhebung zu betrauen, statt die Initiative zur Verfolgung der Nichtigkeit dem Richter selbst zu überlassen [1].

Aber hieraus, wir meinen aus der Subsidiarität der staatsanwaltlichen Tätigkeit, ergibt sich eine weitere Konsequenz. Sie beweist nämlich, dass die Verfolgung der Nichtigkeit von Amtes wegen nur in zweiter Linie durch den Staatsanwalt zu geschehen hat, dass vor allem die Erfüllung dieser Aufgabe in die Hand des Richters gelegt ist, die Tätigkeit des Staatsanwaltes nur den Charakter einer Assistenz, einer Unterstützung des Richters haben kann. M. a. W., in aller erster Linie obliegt dem Richter die Erforschung der materiellen Wahrheit, die Wahrnehmung des Rechtssicherheitsinteresses. Der Staatsanwalt wird nur da in den Prozess einbezogen, wo infolge Fehlens eines privaten Klägers, das Verfahren seinen kontradiktorischen Charakter einbüssen müsste, was eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit des Richters bei der Erforschung der materiellen Wahrheit zur Folge haben müsste. Dass der Staatsanwalt dabei nicht einseitig als Kläger aufzutreten, sondern dem nämlichen öffentlichen Interesse wie der Richter zu dienen hat, wurde bereits gezeigt.

Diese Pflicht des Richters zur Erforschung der materiellen Wahrheit hat zur Folge, dass der ganze Ehenichtigkeitsprozess von der

---

[1] Aus dem Umstand, dass dem Richter die Initiative zur Prozessanhebung versagt ist, geht hervor, dass dem Privatkläger die freie Disposition über Klageanhebung und Klagerückzug (und die Substanzierung des Antrages) zusteht. Darin erschöpft sich aber seine Dispositionsfreiheit.

Offizialmaxime beherrscht wird. D. h., «es existiert für den Verwalter des Allgemeininteresses weder Klage noch Antwort, weder Klagentzug noch Klaganerkennung, noch Vergleich, es gibt keine Geständnisse, keine Präklusion irgendwelcher Anträge und Beweismittel, keine Behauptungs- und keine Beweispflicht [1] im Sinne der Verhandlungsmaxime» (Gisi S. 425) [2].

Dem wird durch die zweite, eingangs erwähnte Bestimmung, Art. 158 ZGB, nicht widersprochen, obwohl hier in Ziffer 1 und 3 [3] vorgesehen wird, dass der Richter nur ehevernichtende, nicht dagegen eheerhaltende Tatsachen von Amtes wegen zu überprüfen habe. Obwohl Art. 158 gemäss Art. 136 ZGB auf alle Ungültigkeitsprozesse Anwendung findet, würde eine restriktive Anwendung dieser Bestimmung beim Nichtigkeitsprozess nicht genügen [4]. Dies deshalb, weil einerseits die Nichtigkeit von Amtes wegen zu verfolgen ist, anderseits aber die Initiative zur Verfolgung der Nichtigkeit nicht notwendig von einem öffentlichen Organ auszugehen braucht. Würde im Fall der Privatklage der Richter sich ausschliesslich auf Art. 158 Ziffer 1 und 3 stützen, so entstünde in der Verfolgung der Nichtigkeit ex officio eine Lücke im oben erwähnten Sinn, was dem Sinne von Art. 121 Abs. 1 ZGB widersprechen würde.

Die in Art. 158 Ziff. 1 und 3 leg. cit. vorgesehenen Beschränkungen der Untersuchungspflicht kommen nur für den Anfechtungsprozess in Frage [5]. Hier ist eine Herstellung des rechtmässigen Zustandes von Amtes wegen nicht vorgeschrieben, einer Anwendung der genannten Bestimmungen steht somit nichts im Wege. Wohl aber liegt nun in einer solchen eine Begünstigung der Ehe. Der Richter muss sich von Amtes wegen vom Vorhandensein aller behaupteten, ehevernichtenden Tatsachen überzeugen, muss dieselben m. a. W. von vorneherein als bestritten betrachten, während für die eheerhaltenden Tatsachen eine solche Untersuchungspflicht nicht besteht. Die Prü-

---

[1] Vgl. oben S. 47, Anm. 3.

[2] Dass es sich dabei nicht um ein ebenso weitgehendes Untersuchungsverfahren handeln kann, wie beim Strafprozess, ist selbstverständlich. Wo ein Nichtigkeitsgrund behauptet und bewiesen wird, hat der Richter nicht nach weiteren zu suchen. Es genügt dem öffentlichen Interesse, dass die nichtige Ehe beseitigt wird.

[3] Die Ziffern 2, 4 und 5 sind für uns ohne Belang. (Durch Ziff. 2 wird die Zuschiebung des Eides untersagt, durch Ziff. 4 die freie Beweiswürdigung garantiert. D. h. es wird die Offizialmaxime nach bestimmten Richtungen hin ausgestaltet. Ziff. 5 beschlägt die Nebenfolgen der Scheidung.)

[4] Ueber die Kontroverse bezüglich der Tragweite von Ziff. 3 vgl. einerseits Gisi S. 445 ff und Weiss Nr. 724, anderseits BGE 42 II 548 und Gmür Ziff. 19 a zu Art. 158.

[5] Vgl. auch Gisi S. 448.

fungspflicht hinsichtlich des ehevernichtenden Materials bringt notwendig eine Pflicht zur Ermittlung des eheerhaltenden Materials mit sich. Denn der Richter darf einer Anfechtungsklage nicht statt geben, wenn er sich nicht durch eigene Nachforschung überzeugt hat, dass es an Tatsachen gebricht, die den Anfechtungsgrund zu entwerten vermögen. Der Richter wird daher im Anfechtungsprozess, genau wie der event. intervenierende Staatsanwalt [1], ausschliesslich zugunsten der Ehe tätig und unterstützt in keiner Weise die Bestrebungen zur Beseitigung der Ehe. Er vertritt im Anfechtungsprozess das Aufrechterhaltungs- und nicht das Rechtssicherheitsinteresse.

Seine auf die Erhaltung der Ehe abzielenden Massnahmen geschehen von Amtes wegen, d. h. nach den Regeln der Offizialmaxime. Die Sonderheiten dieses Verfahrens (keine Präklusion, kein Geständnis, keine Behauptungs- und Beweispflicht im Sinne der Verhandlungsmaxime etc.) kommen daher durchwegs der Ehe zugute, während der Herstellung des rechtmässigen Zustandes alle aus der Verhandlungsmaxime sich ergebenden Schwierigkeiten (Präklusion, Behauptungspflicht etc.) entgegenstehen.

Wir haben somit hier wieder dasselbe Bild vor uns wie beim Klagerecht und beim Staatsanwalt: Im Nichtigkeitsprozess ausschliessliche Vorherrschaft des Rechtssicherheitsinteresses und weitgehende Preisgabe des Aufrechterhaltungsinteresses [2] infolge der Erwägung, dass durch die Erhaltung einer wegen Nichtigkeitsgründen rechtswidrigen Ehe das öffentliche Interesse stärker verletzt werde als durch eine eventuelle Beseitigung einer rechtsgültigen Ehe. — Im Anfechtungsprozess, Erschwerung der Geltendmachung der Ungültigkeit, ausschliessliches Tätigwerden des Richters in ehegünstigem Sinn; dies infolge der Erwägung, dass gegebenfalles die Aufrechterhaltung einer wegen Konsensmangel rechtswidrigen Ehe dem öffentlichen Interesse weniger entgegenstehe als eine eventuelle Beseitigung einer rechtsgültigen Ehe. In beiden Fällen vertritt der Richter ein bestimmtes öffentliches Interesse. Während dies im Nichtigkeitsprozess, wo er sich für die Rechtssicherheit verwendet, d. h. sich der Erforschung der materiellen Wahrheit widmet, nichts störendes an sich hat, erscheint im Anfechtungsprozess die einseitige Parteinahme des Richters zugunsten der Ehe mindestens auffallend, wenn nicht mit

[1] Vgl. oben S. 81 f.

[2] Es wird nur insofern geschützt, als die Erforschung der materiellen Wahrheit an sich schon einen gewissen Schutz involviert, indem der Richter eben auch das eheerhaltende Material ex officio beschaffen muss. Dies ist aber eine bloss beiläufige Folgeerscheinung der Offizialmaxime.

der Stellung eines Richters beinahe unvereinbar. Jedenfalls liegt darin eine äusserst weitgehende Demonstration der Ehegunst [1].

Auch im kanonischen Recht wird die Stellung des Richters durch jedes der beiden gegensätzlichen öffentlichen Interessen beeinflusst. Grundsätzlich ist hier der Richter Vertreter der Rechtssicherheit [2]. Und zwar im Gegensatz zum Zivilrecht in jedem Vinkularprozess, d. h. unabhängig von der Art des geltend gemachten Ungültigkeitsgrundes. Das gesamte Verfahren steht unter den Regeln der Offizialmaxime [3], der Richter hat sowohl das eheerhaltende als auch das ehevernichtende Material von Amtes wegen zu beschaffen und zu prüfen (c. 1619 § 2) [4]. Eine Präklusion, ein Verzicht oder Geständnis existiert nach keiner Seite hin [5]. Vergleich ist ausgeschlossen [6]. Eine Beweislast besteht nur in dem Sinne, dass die Parteien selbst verantwortlich sind für Nachteile, die ihnen aus mangelnder Beweisführung ihrerseits erwachsen. Der Richter jedoch untersucht nicht bloss auf die Initiative der Parteien hin, sondern sammelt das Beweismaterial selbständig und in völliger Unabhängigkeit von den Parteien. «Mit dem Willen, gegen den Willen oder ohne den Willen der Parteien ermittelt er die Beweise für und gegen, damit der ursprüngliche Sachverhalt, die volle materielle Wahrheit aufgedeckt werde» (Meile S. 93).

Wenn solcher Art die ganze Tätigkeit des Richters auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gerichtet ist, so macht sich doch auch hier das Aufrechterhaltungsinteresse in ganz bestimmter Weise bemerkbar.

---

[1] Eine Verletzung von Art. 4 BV liegt darin nicht, weil der Richter das öffentliche Interesse wahrnimmt und nicht das Interesse des Anfechtungsbeklagten.

[2] Allerdings soll er, wenn es sich um ein dispensables Hindernis bzw. einen Konsensmangel handelt, zunächst den Eheleuten die Heilung nahelegen (Aussöhnungsversuch). Dies hindert aber die Geltendmachung der Ungültigkeit nicht. Vgl. c. 1965, Art. 65 Instr.

[3] Bei gewissen Hindernissen kann, wenn deren Dasein aus öffentlichen Urkunden unwiderleglich hervorgeht, ein summarisches Verfahren platzgreifen (c. 1990 ff.) Vgl. Linneborn S. 470 ff.

[4] Vgl. Sägmüller II S. 221, Meile S. 31, Haring S. 48 (bezüglich der Zwischenurteile ist ebenfalls der Gedanke der Rechtssicherheit massgebend, vgl. Art. 188 § 2, 3 Instr.)

[5] Vgl. cc. 1861 § 1, 1751, Jone zu c. 1835.

[6] Vgl. c. 1927 § 1b. Ebenso der Schiedseid, vgl. c. 1835 n 1; und der Ergänzungseid. vgl. c. 1830 § 2. Nicht so der Wahrheitseid, der obligatorisch ist. Vgl. c. 1744 b. Ueberdies kennt der kanonische Eheprozess die dem germanischen Recht entnommene Institution der Eideshelfer, vgl. c. 1975 § 2. Dazu Haring S. 61 ff. Meile S. 8, 55.

Es geschieht dies durch die ehegünstigen Rechtsvermutungen, die wir zum Ausgangspunkt gewählt haben. Diese entbinden allerdings den Richter keineswegs von seiner Untersuchungspflicht. Sie vermögen die Parteien von der Beweislast (im soeben erwähnten Sinn) zu befreien. Für den Richter sind sie insofern unerheblich, als er immer, wenn die Gültigkeit in Frage steht, den objektiven Sachverhalt festzustellen hat. Die Vermutung bildet eine bloss vorläufige Fürwahrannahme und ergibt deshalb zunächst nicht die volle, sondern eine bloss bedingte Gewissheit. Der Richter muss sich trotzdem ex officio vom Dasein oder Fehlen der vermuteten Tatsache überzeugen [1]. Dies wenigstens, wenn der direkte Gegenbeweis zulässig ist. Ist ein solcher von gesetzeswegen ausgeschlossen, d. h. handelt es sich um eine qualifizierte Rechtsvermutung, so beschränkt sich die Prüfungspflicht des Richters selbstverständlich auf diejenigen Tatsachen, ohne welche die Vermutung überhaupt nicht anwendbar ist. Eine solche praesumptio iuris et de iure findet sich aber hinsichtlich der Ehe nur eine einzige, nämlich c. 1972, welche aber erst nach Auflösung der Ehe durch Tod platzgreift und daher in anderem Zusammenhang zu erwähnen sein wird.

In anderer Richtung dagegen macht sich der Einfluss der ehegünstigen Präsumptionen geltend: Sie wirken für den Richter unter Umständen überzeugungsbildend. Ueberzeugungsbildend in dem Sinn, dass der Richter bei gleicher Gewichtigkeit von Argument und Gegenargument, d. h. bei unlösbarem Zweifel über das Vorhandensein oder das Fehlen von Tatsachen, sich auf die Vermutung stützen, und die Vermutungstatsache als gegeben betrachten darf. Es gilt dies für bestimmte eheerhaltende Tatsachen, für welche eine spezielle Rechtsvermutung besteht, es gilt dies aber auch für die Gültigkeit der Ehe schlechthin, weil die Gültigkeit gemäss c. 1014 im Zweifel zu präsumieren ist.

Grundsätzlich steht das kanonische Recht auf dem Boden der freien Beweiswürdigung (c. 1869 § 3). Nur in Ausnahmefällen stellt das Gesetz die Beweiskraft eines Beweismittels fest [2]. Aber im einen wie im andern Fall ist die Möglichkeit vorhanden, dass der Richter, um zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen, auf die ehegünstige Präsumption des c. 1014 oder auf eine der speziellen Vermutungen zurückgreifen muss. Bei freier Beweiswürdigung ist die Möglichkeit eines Zweifels, namentlich hinsichtlich des Wertes einzelner Beweismittel in besonders starkem Masse vorhanden. Aber auch wo gesetzliche Regeln die Wertung vorschreiben, können sich unschwer

---

[1] Vgl. Meile S. 79.

[2] Vgl. z. B. c. 1816.

Konflikte ergeben: Zwei Beweismittel, die gemäss den Vorschriften des Gesetzes gleiche Kraft besitzen, stehen einander gegenüber! Nach allgemeiner Regel würden sie sich gegenseitig aufheben. C. 1014 aber zwingt den Richter demjenigen den Vorzug zu geben, durch welches die für die Ehe günstigere Tatsache dargetan wird. In diesem Sinn beeinflussen die Präsumptionen die Beweiswürdigung.

Dies ist von Bedeutung und stellt eine Begünstigung der Ehe dar, weil eben bekanntlich der kirchliche Richter im Zweifel keinen Entscheid fällen darf. Es ist daher nicht von ungefähr, wenn der Kodex den Grundsatz der Begünstigung gerade im Zusammenhang mit der Gültigkeitspräsumption ausspricht.

Der Richter ist somit im kanonischen Eheprozess ausschliesslich Vertreter des Rechtssicherheitsinteresses. Die ihm durch das Gesetz überbundene Aufgabe schliesst keine Begünstigung der Ehe in sich. Er kann völlig unabhängig im Sinne der Rechtssicherheit wirken. Trotzdem bedient sich der Gesetzgeber seiner zur Verwirklichung der Rechtsgunst. Er zwingt ihn, überall da seiner Entscheidung eine zugunsten der Ehe lautende Bestimmung zugrunde zu legen, wo ihm die Feststellung der materiellen Wahrheit nicht gelingt oder genauer, wo er die moralische Gewissheit nicht zu erlangen vermag, dass seine Feststellungen der materiellen Wahrheit entsprechen [1].

§ 14. Nachwirkungen der Rechtsgunst im formellen Recht

Nach der Auflösung der gesetzwidrigen Ehe (durch Tod oder Scheidung) wird sowohl das Rechtssicherheitsinteresse als auch das Interesse an der Aufrechterhaltung gegenstandslos. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass das eine oder das andere gewisse Nachwirkungen hervorbringt. Es sind Bestimmungen denkbar, die zwar erst nach Beendigung der Ehe platzgreifen, dennoch aber in Gemässheit eines der beiden öffentlichen Interessen aufgestellt erscheinen. Eine solche Bestimmung vermag allerdings nicht mehr direkt dem Aufrechterhaltungs- bezw. dem Rechtssicherheitsinteresse zu dienen. Indem sie sich aber auf die durch eine konkrete Verbindung zur Entstehung gebrachten Rechtsverhältnisse bezieht, wirkt sie doch indirekt im Sinne des betreffenden öffentlichen Interesses. Sie stellt gewissermassen eine Nachwirkung, einen letzten Ausläufer dieses Interesses dar.

---

[1] Seine Stellung ist praktisch somit derjenigen des zivilen Richters im Nichtigkeitsprozess ähnlich. Jedoch liegt in dem Umstand, dass auch der zivile Richter im Zweifel zugunsten der Ehe entscheidet (vgl. oben S. 46) keine besondere Begünstigung der Ehe, sondern es ergibt sich dies aus der materiellen Rechtslage.

So liess sich z. B. Art. 51 ZivStG als eine derartige Nachwirkung des Rechtssicherheitsinteresses ansprechen, wenigstens soweit er nach Auflösung der Ehe zur Anwendung kam [1].

Laut dieser Bestimmung war auch nach Auflösung der Ehe die Behörde zur Verfolgung der Nichtigkeit berechtigt und verpflichtet. Die Vorschrift traf dann zwar nicht mehr die rechtswidrige Ehe selbst, wohl aber die durch diesselbe geschaffenen Rechtsverhältnisse. Es wurde ex officio verhindert, dass die rechtswidrige Ehe die nur einer rechtsmässigen zukommenden Rechtswirkungen hervorbringe [2]. Derartige Nachwirkungen kann selbstverständlich auch das Aufrechterhaltungsinteresse äussern.

Jedoch ist zu bemerken, dass wir als Nachwirkungen des Aufrechterhaltungs- bezw. des Rechtssicherheitsinteresses nur solche gesetzlichen Bestimmungen bezeichnen können, deren Wirksamkeit nach Beendigung der Ehe nicht bloss eine zufällige Folgeerscheinung ist, während der eigentliche, vom Gesetzgeber gewollte Zweck der Bestimmung in ihrer Wirksamkeit gegenüber der noch bestehenden Ehe liegt. Die Vorschrift muss vielmehr eigens zu dem Zweck aufgestellt sein, damit sie nach der Auflösung der Ehe noch Wirkungen zu äussern vermöge, oder es muss die Wirksamkeit nach Auflösung der Ehe überhaupt ihr einziger Zweck sein.

Die diesbezüglichen Bestimmungen des ZGB ergeben auf den ersten Blick ein eigenartiges Bild. Das Gesetz enthält in Art. 135 eine Vorschrift, die das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses an der Ehe auch nach deren Auflösung durchaus zu bejahen scheint, während es anderswo dem völligen Fehlen eines öffentlichen Interesses an der aufgelösten Ehe Ausdruck verleiht.

Wenn nämlich in Art. 122 Absatz 1 erklärt wird, die Nichtigkeit sei nach Auflösung der Ehe nicht mehr von Amtes wegen zu verfolgen, es stehe aber jedem Interessenten das Klagerecht zu, so beweist dies eindeutig, dass die Oeffentlichkeit von der aufgelösten Ehe keine Notiz mehr nimmt. Wenn dagegen in Art. 135 Abs. 1 das Klagerecht für unvererblich erklärt wird [3], so ist damit offenbar gesagt, dass gewisse öffentliche Interessen der Geltendmachung der privaten Erbeninteressen entgegenstehen.

Um der scheinbar widerspruchsvollen Ordnung gerecht zu werden, müssen wir uns zunächst fragen, ob Art. 135 überhaupt auf alle Ungültigkeitsklagen Anwendung finde.

---

[1] Vgl. die Begründung in BGE 13 S. 190.

[2] Soweit überhaupt ein Unterschied vorhanden vgl. Art. 55 ZivStG.

[3] Dagegen geht die Legitimation zum Verfahren auf den Erben über, vgl. Abs. 2 der genannten Bestimmung.

Sowohl der Wortlaut der Bestimmung als auch ihre Einordnung im Gesetz scheinen dies zu bejahen. Vergegenwärtigt man sich aber die praktischen Auswirkungen der Vorschrift, so ist man eher geneigt, ihre Anwendbarkeit auf die Anfechtungsklage zu beschränken [1]. Denn gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB ist nach Auflösung der Ehe jeder Interessent zur Anstellung der Nichtigkeitsklage berechtigt. Nun werden aber die Erben eines Ehegatten, oder die Erben eines gemäss Art. 122 Abs. 1 legitimierten Interessenten selber ein Interesse nachzuweisen vermögen [2], ansonst sie die Klage schwerlich anheben würden. Der Ausschluss der Vererblichkeit kann hier höchstens einer Verhinderung querulantenhafter Klagen seitens nicht interessierter Erben dienen. Zu diesem Zweck wurde die Bestimmung aber zweifellos nicht aufgestellt.

Die Vererblichkeit eines Rechts wird immer nur zu dem Zweck ausgeschlossen, dass der Erbe dieses Recht nicht im eigenen Interesse ausüben bezw. selbständig im Prozess geltend machen könne. Deshalb ist es dem Erben in der Regel nicht verwehrt, eine vom Erblasser bereits angehobene Klage weiterzuführen. Wenn aber die Erben auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen das betreffende Recht ohnehin schon besitzen und es daher auch im eigenen Interesse ausüben bezw. selbständig im Prozess geltend machen können, so hat der Ausschluss der Vererblichkeit keinen Sinn mehr. M. a. W. die Unvererblichkeit eines Rechts ist nur dann wichtig, wenn dem Erben das betreffende Recht nicht schon aus einem andern Rechtsgrund gegeben ist. Andernfalls erscheint sie sinnlos, denn ihre praktische Bedeutung ist gleich null.

Dies trifft zu bei der Nichtigkeitsklage. Jeder Interessent hat hier das Klagerecht auch nach dem Tode eines Ehegatten. Also auch die Erben. Und wohl in aller erster Linie die Erben. Es kann ihnen daher völlig gleichgültig sein, ob das dem Erblasser zustehende Recht zur Ungültigkeitsklage auf sie übergeht oder nicht. Denn sie besitzen dieses Recht schon gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB. Der Ausschluss der Vererblichkeit hat daher bei der Nichtigkeitsklage kaum praktische Bedeutung [3].

Ganz im Gegensatz dazu zeitigt sie bei der Anfechtungsklage einschneidende Folgen. Die Erben können die aufgelöste Ehe ihres Rechtsvorgängers nicht wegen Willensmängeln anfechten. Dem Anfechtungsrecht wird der Charakter der Höchstpersönlichkeit verliehen, das Klagerecht aus Willensmängeln auf die Ehegatten selbst beschränkt. Erb- und familienrechtliche Interessen können daher eine

[1] Hiezu gehört nach dem oben Ausgeführten auch Abs. 2 des Art. 122 ZGB.
[2] Wenn es auch nur ein ethisches wäre (vgl. Gmür Ziff. 6 zu Art. 108).
[3] Vgl. Gmür Ziff. 1 zu Art. 135.

nachträgliche Ungültigerklärung nicht bewirken. Jedes private Interesse wird hier geopfert, obgleich die Ehe aufgehört hat zu existieren.

Wenn aber die Vorschrift in Art. 135 Abs. 1 ZGB hinsichtlich der Nichtigkeitsklage sinnlos erscheint, hinsichtlich der Anfechtungsklage aber von weittragender Bedeutung ist, so dürfen wir wohl annehmen, sie beziehe sich nur auf die letztgenannte Klage [1].

Dann löst sich aber auch der oben erwähnte Widerspruch. Der Ausschluss der Vererblichkeit stellt sich dann dar als eine Nachwirkung des Aufrechterhaltungsinteresses. Denn es darf dann aus Art. 122 Abs. 1 ZGB geschlossen werden, dass ein öffentliches Interesse an der aufgelösten Ehe nicht mehr besteht. Das Aufrechterhaltungsinteresse wird durch Art 135 Abs 1 ZGB nicht mehr direkt berührt. Die Ehe ist aufgelöst, sie hat aufgehört soziale und ethische Werte zu verkörpern. Es wird aber verhindert, dass die aus der konkreten Verbindung entstandenen Rechtsverhältnisse aufgehoben werden [2] und damit indirekt dem Interesse am Bestand der Ehe gedient. D. h. es handelt sich um eine letzte Konsequenz des beim Anfechtungsrecht wegleitenden Gedankens, dass der Schutz der Konsensfreiheit zugunsten der Ehe auf ein Mindestmass zu beschränken sei [3].

Das kanonische Recht enthält bekanntlich hinsichtlich des Klagerechts keine ehegünstigen Bestimmungen. Wo aber keine Begünstigung stattfindet, sind auch Nachwirkungen einer solchen unmöglich. Wohl aber verwirklicht der Kodex die Rechtsgunst im Beweisrecht durch die Aufstellung ehegünstiger Präsumptionen. Und im Rahmen dieser Bestimmungen findet sich denn auch eine Norm, die keine direkte Begünstigung der Ehe bedeutet, sich jedoch als Nachwirkung des favor darstellt. Es ist die bereits mehrfach erwähnte Vorschrift in c. 1972, durch welche eine zu Lebzeiten beider Ehegatten unangefochtene Ehe nach dem Tode eines Teils nicht nur als gültig vermutet, sondern der Beweis der Ungültigkeit schlechtweg ausgeschlossen wird. Eine Ausnahme wird dann gemacht, wenn ein anderer Rechtsstreit nur entschieden werden kann, sofern zuvor durch Zwischen-

---

[1] In diesem Sinne auch Tuor S. 134 Anm. 1; Gmür Ziff. 3a zu Art. 122.

[2] Umgekehrt wird auch verhindert, dass Rechtsverhältnisse entstehen, die durch eine Ungültigerklärung begründet werden, oder genauer, infolge einer Ungültigerklärung begründet werden müssen.

[3] Es mögen daneben auch Pietätsrücksichten eine Rolle spielen (so Gmür a. a. O.). Aber warum sollte es z. B. pietätloser und «ungereimter» sein, wenn Kinder gegen ihren betrügerischen Stiefvater gemäss Art. 125 vorgingen, um ihre Interessen geltend zu machen, als wenn sie die Ehe ihrer Eltern wegen Geisteskrankheit eines Elternteils nichtig erklären lassen? (dagegen würde es wohl zu weit gehen, den Fortbestand des Klagerechts der Ehegatten als eine Nachwirkung des Rechtssicherheitsinteresses zu bezeichnen. Dieser ist bloss eine zufällige Folgeerscheinung des Anfechtungsrechtes selbst.

urteil [1] über die Gültigkeit der aufgelösten Ehe geurteilt wurde. Hier ist der Gegenbeweis zulässig, die Vermutung kann entkräftet werden.

Aus dieser Bestimmung geht zunächst hervor, dass ein öffentliches Interesse an der Konstatierung der Ungültigkeit nicht mehr besteht [2]. Denn durch den Ausschluss des Gegenbeweises wird das Recht zur Ungültigkeitsklage illusorisch. Welche Art von Ungültigkeitsgrund auch vorlag, weder der überlebende Ehegatte noch der Promotor vermögen eine Ungültigerklärung zu erwirken.

Anderseits kommt aber auch ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung nicht mehr in Frage. Denn die Ehe besteht nicht mehr. Diesem Umstand wird durch Art. 222 Instr. Rechnung getragen, wonach der Defensor bei Versterben eines Ehegatten während des Prozesses nicht mehr appellieren darf, während anderseits die Erben sowohl wie der andere Ehegatte die Sache verfolgen können [3]. D. h. aus privaten Interessen kann noch gegen eine Ungültigerklärung Berufung eingelegt werden. Das öffentliche Interesse fordert keine Konstatierung der Gültigkeit mehr.

Der Oeffentlichkeit ist somit weder daran gelegen, dass eine aufgelöste Ehe nachträglich ungültig erklärt werde, noch anderseits daran, dass nachträglich ihre Rechtsgültigkeit festgestellt werde. Wenn trotzdem den Privaten die Geltendmachung ihrer Interessen vermittelst einer Ungültigkeitsklage versagt wird — durch Ausschluss des Ungültigkeitsbeweises —, so kann dies nur darin seinen Grund haben, dass die durch die konkrete Verbindung geschaffenen Rechtsverhältnisse geschützt werden sollen. Man kann daher nicht mehr von einer ehegünstigen Bestimmung im eigentlichen Sinn, sondern bloss noch von einer Nachwirkung der Ehegunst sprechen; von einer Bestimmung, die zwar ihre Voraussetzung in der Ehegunst hat, die aber in ihrer Wirkung über den eigentlichen Zweck des favor hinausgeht. Rein äusserlich tritt dies, wie bereits angedeutet, darin zutage, dass der Gesetzgeber nicht einfach das Klagerecht ausschliesst, sondern sich im Rahmen der übrigen ehegünstigen Vorschriften haltend, dieses Klagerecht nur durch das Verbot des Ungültigkeitsbeweises illusorisch macht.

Dass im Zwischenstreit die Vermutung entkräftet werden darf, ist nicht als eine Konzession an das Rechtssicherheitsinteresse oder vielmehr als eine Nachwirkung desselben, zu verstehen. Es wäre kaum verständlich, warum diese Nachwirkung des Rechtssicherheitsinteres-

---

[1] c. 1837.

[2] Vgl. Haring S. 107.

[3] D. h. die Verfahrenslegitimation geht somit über. Ob die Sachlegitimation übergehe, spielt keine Rolle, da das Klagerecht ohnehin nicht ausgeübt werden könnte.

ses nur in einem Zwischenstreit die Nachwirkung der Rechtsgunst sollte unterbinden können, sonst dagegen selbst vor ihr weichen müsste. Ebensowenig handelt es sich um eine Konzession an private Interessen. Abgesehen davon, dass ein öffentliches Interesse nie den Privatinteressen geopfert wird [1], wäre wiederum nicht einzusehen, warum der Private seine Interessen durch Nachweis der Ungültigkeit nur in einem Zwischenstreit sollte verfolgen dürfen. Denn gegebenenfalles sind diejenigen Interessen, welche er durch eine Ungültigkeitsklage wahren möchte, für ihn — subjektiv — weit ernstlicher als diejenigen, die er in dem Rechtsstreit vertritt, der Anlass gibt zu dem Zwischenstreit.

Die Zulässigkeit des Gegenbeweises im Zwischenstreit erklärt sich u. E. aus der Erwägung, dass in dem Rechtsstreit, zu dessen Entscheidung ein Zwischenstreit notwendig ist, öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen können (nicht müssen), welche schutzwürdiger sind als das Interesse an der Bewahrung der durch eine — inzwischen aufgelöste — Ehe begründeten Rechtsverhältnisse [2].

Es ist daher allerdings auch die Rechtssicherheit, die den Gegenbeweis fordert, aber nicht die Rechtssicherheit in dem von uns gebrauchten Sinn. Nicht die Rechtssicherheit in Bezug auf die Ehe, sondern die Rechtssicherheit in Bezug auf Rechtsgüter, die von der aufgelösten Ehe, von der Frage der Gültigkeit an sich völlig unabhängig sind.

§ 15. Schlussbetrachtung zum formellen Recht

Fassen wir die gewonnenen Resultate zusammen, so ergibt sich folgendes Bild.

Das Zivilrecht verwirklicht die Rechtsgunst vor allem durch eine besondere Ausgestaltung des Klagerechts. Es geht hierbei so weit, dass die Herstellung des rechtmässigen Zustandes unter Umständen überhaupt völlig ausgeschlossen wird. Ferner wird eine Begünstigung der Ehe dadurch erreicht, dass die Offizialmaxime für einzelne Punkte des Verfahrens vorgeschrieben und damit der Richter gezwungen wird, von Amtes wegen einseitig zugunsten der Ehe tätig zu werden.

---

[1] Andernfalls betrachten wir eine solche Bestimmung als ein Versehen des Gesetzgebers.

[2] D. h. der Private muss ein objektiv wichtiges rechtliches Interesse besitzen, dessen Durchsetzung schon das öffentliche Interesse fordert. Schulte (S. 463) sagt: «Es kann aber die Anfechtung . . . der Ehe überhaupt niemals aus blossen Privatinteressen zu Privatzwecken zugelassen werden». Diesen Gedanken sucht unseres Erachtens c. 1972 mit der Rücksicht auf ausserhalb der Ehe gelegene öffentliche Interessen zu verbinden. D. h. es handelt sich um etwas grundsätzlich anderes als bei Art. 122 Abs. 1 ZGB. (z. T. a. M. Haring a. a. O.)

Anderseits lässt das ZGB die Rechtsgunst von der Beschaffenheit des geltend gemachten Ungültigkeitsgrundes abhängen. D. h., wenn es sich um einen Tatbestand handelt, dessen Vorhandensein jedes öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe vernichtet, so wird schon von vorneherein, d. h. vor dem Beweis dieser Tatsachen, die Rechtsgunst ausgeschaltet, dem Rechtsicherheitsschutz freie Entfaltung ermöglicht, die Verfolgung der Ungültigkeit in keiner Weise erschwert.

Demgegenüber begünstigt das kanonische Recht die Ehe vor allem dadurch, dass ein mit besonderer Macht ausgestattetes, vom Richter unabhängiges öffentliches Organ von Amtes wegen alles zu erforschen und vorzubringen hat, was irgendwie der Erhaltung der Ehe dienen könnte. Eine weitere Begünstigung liegt darin, dass in Abweichung von den sonstigen kanonischen Grundsätzen, im Zweifel immer eine eheerhaltende Entscheidung zu treffen, jeder Rechts- oder Tatsachenzweifel in eheerhaltendem Sinne zu beheben ist. Dagegen vermeidet es das kanonische Recht, die Rechtssicherheit durch eine Beschränkung des Klagerechts zu verdrängen, oder sie dadurch zu gefährden, dass der Richter einseitig zugunsten der Ehe tätig würde.

Beiden Rechten ist gemeinsam, dass sie nach Auflösung der Ehe eine Ungültigerklärung nur noch unter bestimmten Voraussetzungen (Nichtigkeitsgrund bzw. Zwischenstreit) zulassen. Ein Konflikt dieser Nachwirkung der Ehegunst mit dem Rechtssicherheitsinteresse kommt hier nicht mehr in Betracht.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass das ZGB dort, wo es die Ehe zu begünstigen gewillt ist, auch vor der letzten Konsequenz, d. h. vor der Verunmöglichung der Herstellung des rechtmässigen Zustandes, nicht zurückschreckt. Im Vergleich hiezu erscheint die Regelung des kanonischen Rechts wesentlich vorsichtiger. Die Rechtssicherheit wird nirgends völlig preisgegeben. Namentlich kann die Ungültigkeitsklage immer erhoben werden und muss der Richter immer nach der materiellen Wahrheit forschen.

Der Grund für diese Abweichung ist in der verschiedenen Situation der Gesetzgeber zu suchen. Der zivile Gesetzgeber betrachtet sich als autonom. Er kann daher die öffentlichen Interessen nach Belieben verwalten und frei über deren Vorhandensein oder Fehlen entscheiden. Daher kann er schon von vorneherein die Ungültigkeitsklage für gewisse Fälle verbieten. Daher kann er unter Gefährdung der Rechtssicherheit den Richter einseitig zugunsten der Ehe beanspruchen. M. a. W., der zivile Gesetzgeber ist in der Lage, die Intensität der verschiedenen öffentlichen Interessen im einzelnen Fall abzuwägen und dementsprechend seine Massnahmen zu treffen.

Ganz anders der kirchliche Gesetzgeber. Für ihn besteht diese Freiheit nur soweit, als nicht göttliches Recht in Frage kommt. Die Notwendigkeit einer Begünstigung der Ehe ergibt sich allerdings aus deren sakramentalen Natur. Aber anderseits kann durch das Bestehen einer rechtswidrigen Ehe ebenfalls göttliches Recht verletzt werden [1]. Dem kirchlichen Gesetzgeber steht es daher nur zu, die Gefahr einzuschätzen, der im einzelnen Fall das eine oder das andere Rechtsgut ausgesetzt ist. Nicht dagegen kann er die Schutzwürdigkeit der Ehe bzw. das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für gewisse Tatbestände schlechthin leugnen.

Unter diesem Gesichtswinkel ist auch die Regelung des formellen Ungültigkeitsrechts des kirchlichen Gesetzes zu betrachten. Diese stellt nicht sowohl das Resultat einer Abwägung der öffentlichen Interessen als vielmehr eine Einschränkung der Verletzungsgefahr für diese Interessen dar. Daher wird solange als eine rechtswidrige Ehe vorhanden ist, die Herstellung des rechtmässigen Zustandes nie durch formellrechtliche Bestimmungen verunmöglicht. Denn dieselben schlössen die Gefahr in sich, dass ein materieller Anspruch divini iuris in seiner Geltendmachung gehemmt würde. Daher keine Klageverjährung, kein Ausschluss der Klage. Daher die Pflicht des Richters zur Erforschung der materiellen Wahrheit.

Anderseits aber wird der Eheverteidiger mit besonderer Macht ausgestattet, weil offenbar eine leichtfertige Beseitigung der gültigen Ehe befürchtet wird, und es daher notwendig erscheint, dass ein öffentliches Organ, ohne durch formelle Vorschriften gehemmt zu sein, nach Gesichtspunkten suche, unter denen die Ehe als gültig betrachtet werden kann. Und weil die Ehe besonderer Gefährdung ausgesetzt ist, wird auch der stringente Beweis der Ungültigkeit verlangt, sonst aber die Gültigkeit, bezw. die zweifelhafte, ehegünstige Tatsache vermutet.

B. Das materielle Recht

§ 16. Die Heilbarkeit als Ausfluss der Rechtsgunst

I. Im allgemeinen.

Wir haben uns im vorhergehenden Abschnitt mit Massnahmen befasst, die die Ehe in dem Sinne begünstigen, dass sie deren Anfechtung durch Klage erschweren oder sogar ganz verunmöglichen. Obwohl manche dieser Bestimmungen im materiellen Recht fussen,

[1] Vgl. die Ausführungen oben S. 19 ff.

rechneten wir sie dem formellen Rechte zu, weil ihnen gemeinsam ist, dass sie nicht den materiellen Anspruch auf Ungültigerklärung vernichten, sondern dessen prozessualische Geltendmachung beschränken oder ausschliessen.

Es stellt sich nun die Frage, ob sich nicht auch ehegünstige Bestimmungen finden lassen, denen jedes prozessualische Element fremd ist, die ausschliesslich materielles Recht verkörpern.

Bekanntlich stellt die zahlenmässige oder inhaltliche Beschränkung der Konsensmängel eine solche materiellrechtliche Massnahme zur Begünstigung der Ehe dar. Allein wir haben uns damit nicht zu befassen, weil wir immer schon das Vorhandensein eines Ungültigkeitsgrundes voraussetzen [1]. Uns interessiert vielmehr nur die Erschwerung oder Verunmöglichung der Annullierung. In dieser Hinsicht kann das materielle Recht die Ehe insofern begünstigen, als es eine nachträgliche Aufhebung, Vernichtung des materiellen Anspruches auf Ungültigerklärung vorsehen kann. D. h. es sind Normen denkbar, welche die einmal eingetretene Ungültigkeit wieder aus der Welt schaffen.

Wir müssen uns allerdings fragen, ob solche Vorschriften nicht eine dritte selbständige Kategorie ehegünstiger legislatorischer Massnahmen darstellen. Dies trifft jedoch nicht zu. Es besteht zwischen der Erschwerung und der Ausschliessung der Annullierung nur ein gradueller, nicht ein wesensmässiger Unterschied. Dass diese noch zu findenden Normen im Gegensatz zu den früher betrachteten rein materieller Natur sind, hat nichts zu bedeuten. Wesentlich ist vielmehr, dass auch bei diesen, den materiellen Anspruch aufhebenden Bestimmungen, ein Konflikt mit der Rechtssicherheit unvermeidlich ist. Dies scheint zunächst zwar nicht der Fall zu sein. Denn, wenn die Ungültigkeit durch einen neuen Rechtsbefehl wieder behoben wird, so bedeutet dies ja die Herstellung des rechtmässigen Zustandes und man wäre geneigt, solche gesetzliche Verfügungen geradezu als Massnahmen im Sinn der Rechtssicherheit anzusprechen.

Wir müssen jedoch vom Sinn dieser Bestimmungen ausgehen, wenn wir den richtigen Standpunkt für deren Beurteilung finden wollen. Und der Zweck einer nachträglichen Behebung der Ungültigkeit ist nun zweifellos der einer Begünstigung der Ehe [2]. Der rechtmässige Zustand wird hier nur deshalb hergestellt, damit die Ehe aufrecht erhalten werden kann, und nicht um den rechtswidrigen Zustand an sich nicht fortdauern zu lassen. Denn sonst hätte es gar keinen Sinn, die Ungültigkeit jemals zur Entstehung zu bringen.

---

[1] Vgl. oben S. 52.

[2] Ob allerdings in jedem Fall, wird noch zu untersuchen sein.

Gerade hierin liegt nun aber der Konflikt mit der Rechtssicherheit. D. h. es ist widerspruchsvoll, einen Zustand zunächst für rechtswidrig zu erklären und Mittel zu seiner Beseitigung bereitzustellen, um diesen selben Zustand, ohne dass er sich innerlich verändert hätte, nachträglich wieder als rechtmässig zu bezeichnen. Die Rechtssicherheit fordert schlechthin die Beseitigung rechtwidriger Zustände und es steht im Widerspruch mit ihr, wenn ein solcher Zustand nachträglich sanktioniert wird [1]. Daher kann eine solche nachträgliche Sanktionierung eines zuvor nicht sanktionierten Zustandes nicht als Massnahme im Sinne der Rechtssicherheit bezeichnet werden. Der Zweck dieser Behebung der Ungültigkeit ist vielmehr einzig die Erhaltung der Ehe. Und es unterscheidet sich eine derartige Massnahme ihrem Wesen nach durchaus nicht von den bereits behandelten Erschwerungen der Ungültigerklärung, welche ja, wie wir gesehen haben, zum Teil auch in einer völligen Verunmöglichung der Annullierung gipfelten. Der Unterschied liegt nur darin, dass es sich bei diesen neuen Vorschriften um rein materiellrechtliche Bestimmungen handelt, während in den frühern Fällen immer prozessualische Momente mitspielten.

Nicht anders als bei den formellrechtlichen Erschwerungen der Annullierung besteht auch bei diesen materiellrechtlichen Bestimmungen die Gefahr, dass durch diesselben der Zweck der Ungültigkeitsgründe illusorisch werde. Denn der Zweck der Ungültigkeitsgründe besteht in der Verhinderung der Entstehung gewisser dem Recht missliebiger tatsächlicher Verhältnisse. Aus diesem Grund wird eben die rechtliche Sanktion versagt. Wenn aber mit einer nachträglichen Sanktion zu rechnen ist, so werden solche tatsächliche Verhältnisse von den Individuen viel häufiger zur Entstehung gebracht werden. Man wird die Ungültigkeitsgründe ignorieren, und diese drohen zu blossen Ordnungsvorschriften herabzusinken.

Daraus erhellt, dass die Aufhebung der Ungültigkeit von ganz bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden muss. Wäre sie überhaupt an keine Voraussetzungen gebunden, d. h. könnte die Ungültigkeit jederzeit beliebig aufgehoben werden, sei es durch den Willen der Parteien, sei es durch den Eintritt bestimmter, dem Ungültigkeitstatbestand konträrer Tatsachen, so wäre die vorläufige Verweigerung der rechtlichen Sanktion völlig sinnlos. Je strenger dage-

[1] Wenn z. B. nach kanonischem Recht eine Ehe wegen Religionsverschiedenheit ungültig ist, so fordert die Rechtssicherheit die Beseitigung dieses rechtswidrigen Zustandes, d. h. die Beseitigung der rechtswidrigen Ehe. Es steht daher im Widerspruch mit ihr, wenn diese Ehe nicht beseitigt, sondern einfach nachträglich als rechtmässig bezeichnet wird (z. B. wegen Verschwindens der die Ungültigkeit ursprünglich bewirkenden tatsächlichen Verhältnisse).

gen die Voraussetzungen, desto wirksamer die Ungültigkeit, d. h. desto geringer die Gefahr, dass dem Recht unerwünschte tatsächliche Verhältnisse durch die Individuen geschaffen werden.

Umgekehrt bedeutet die Erleichterung der Voraussetzungen für die Aufhebung der Ungültigkeit immer eine Begünstigung der Ehe, d. h. es wird damit dem Grundsatz möglichster Aufrechterhaltung Rechnung tragen. Die Schwierigkeit für den Gesetzgeber liegt also im Auffinden des richtigen Masses, wofür aber allein gesetzgebungspolitische Erwägungen bestimmend sein können.

Wir bezeichnen nun diese nachträgliche Aufhebung der Ungültigkeit auf dem Wege der Vernichtung des materiellen Anspruches auf Ungültigerklärung als Heilung. In der Regel werden darunter alle Fälle verstanden, wo die Möglichkeit der Beseitigung nachträglich hinwegfällt. Es ist dies insofern eine bloss terminologische Angelegenheit, als es praktisch durchaus keine Rolle spielt, ob die Verhinderung der Ungültigerklärung vermittelst formellrechtlicher oder materiellrechtlicher Vorschriften geschehe. Allein wir verstehen unter Ungültigkeit das Vorhandensein eines materiellen Anspruchs auf Ungültigerklärung und trennen davon das prozessualische Klagerecht. Deshalb wollen wir auch nur dann von Heilung der Ungültigkeit sprechen, wenn dieser Anspruch vernichtet, nicht aber dann, wenn bloss seine prozessualische Geltendmachung verunmöglicht wird.

Dem Gesetzgeber stehen drei verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um eine Heilung stattfinden zu lassen.

Am nächsten liegt es, die Heilung von gesetzeswegen anzuordnen, als Folge des Eintritts bestimmter Tatsachen. Dabei wird es sich nur um Tatsachen handeln können, die das Aufrechterhaltungsinteresse so sehr verstärken, dass das Rechtssicherheitsinteresse davor zurücktreten muss [1]. Es ist daher immer notwendig, dass diejenigen tatsächlichen Verhältnisse verschwinden, die ursprünglich zur Ungültigkeit geführt haben. Jedoch ist damit durchaus nicht gesagt, dass dieser Wegfall auch wirklich den Effekt der Heilung haben muss. Vielmehr hängt es ganz von der Art und der Einschätzung der durch diese Tatsachen verletzten spirituellen oder materiellen Interessen ab, ob der Gesetzgeber sich mit dem blossen Dahinfallen des tatsächlichen Verhältnisses begnügen und die Heilung der Ungültigkeit daran knüpfen will oder nicht. D. h. das Verschwinden der die Ungültigkeit bewirkenden tatsächlichen Verhältnisse ist notwendige Voraussetzung für die Heilung, aber umgekehrt, ist nicht die Heilung die

[1] Dagegen wird durch solche Tatsachen das Rechtssicherheitsinteresse niemals eliminiert. Sondern das Rechtssicherheitsinteresse wird, wie oben soeben ausgeführt, nur gegenstandslos, wenn die rechtswidrig geschlossene Ehe verschwindet.

notwendige Folge des Verschwindens dieser tatsächlichen Verhältnisse.

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, den Behörden die Befugnis einzuräumen, unter gewissen Voraussetzungen die Ungültigkeit aufzuheben. D. h. die Behörden können instand gesetzt werden, durch einen Willensakt den materiellen Anspruch zu vernichten. Die Behörde setzt dann im konkreten Falle Recht, die Parteien haben keinen Anspruch auf die Heilung, sondern sind abhängig vom Willen der Behörde. Die Behörde ist insofern gebunden, als sie die Heilung nur bewirken kann, wenn gewisse gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind [1]; sie ist jedoch insofern frei, als sie nach Gutdünken die Heilung verfügen oder verweigern darf, sobald diese Voraussetzungen wirklich erfüllt sind [2].

Schliesslich kann das Gesetz noch vorsehen, dass die Heilung durch einen Willensakt der Eheleute erfolgen soll, sei es eines Ehegatten allein oder beider gemeinsam (oder event. des gesetzlichen Vertreters). Ein solches Recht zur willkürlichen Gültigmachung der Ehe wird aber der Gesetzgeber nur dort den Privaten einräumen, wo er ihnen überhaupt die Freiheit der Rechtssetzung lässt, d. h. dort, wo die privatrechtlichen Momente der Ehe in Erscheinung treten: beim Konsens.

Da es sich dabei um die Ersetzung eines mangelhaften Konsenses durch einen mangelfreien handeln muss [3], so ist es notwendig, dass zunächst die Ursache beseitigt werde, die den Mangel bewirkte. D. h., es müssen die tatsächlichen Voraussetzungen geschaffen wer-

---

[1] Sofern wenigstens das Gesetz eine solche Schranke vorsieht. Im kanonischen Recht wird seitens des apostolischen Stuhles zuweilen geheilt: «ob causam boni publici Pontificis animum moventem». Aber hier handelt es sich eben um den Gesetzgeber selbst.

[2] Es handelt sich hierbei nicht um das nämliche freie Ermessen, das wir bei der klageberechtigten Behörde angetroffen haben. Denn dort musste die Behörde bei Vorliegen gewisser Tatbestände bestimmte gesetzliche Bestimmungen anwenden. Es oblag ihr nur die Prüfung des Vorhandenseins der erforderlichen Tatsachen. Da sie gezwungen war, bei Erfülltsein der tatsächlichen Voraussetzungen die betreffende Norm anzuwenden, so war sie indirekt auch gezwungen, die Prüfung dieser Voraussetzungen völlig objektiv vorzunehmen. Ganz anders bei der Heilung. Hier steht es trotz Vorliegens des gesetzlichen Tatbestandes der Behörde frei, die Heilung zu verfügen oder zu verweigern. Sie kann hier nun allerdings über das Dasein oder Fehlen des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung urteilen. Darin liegt kein Widerspruch zu dem bei der Klagepflicht Gesagten. (Vgl. oben S. 75 ff.) Denn hier tritt nun die Behörde eben selbst als Gesetzgeber auf; sie ist befugt, Recht zu setzen und muss daher auch befugt sein, über die öffentlichen Interessen zu urteilen.

[3] Denn der mangelhafte Konsens bildete die Ursache der Ungültigkeit und diese muss, wie oben angedeutet, immer fortfallen.

den für die Abgabe eines mangelfreien Konsenses, sei es durch Eintritt der bisher fehlenden Erkenntnis, sei es durch Wegfallen der äussern Beeinflussung des Willens. Nur dann kann der neue Willensakt die Heilung bewirken.

In jedem der drei genannten Fälle, ist es denkbar, dass das Gesetz als weiteres Erfordernis für die Heilung noch eine bestimmte heilende Handlung, einen Heilungsakt verlangt. Es soll damit vielleicht das durch die öffentlich bekannte Ungültigkeit bewirkte Aergernis beseitigt werden, oder es soll vielleicht auch bloss ein Beweismittel geschaffen oder eine Sicherung erlangt werden gegen spätere Anfechtungen. Jedenfalls kann dann ein solcher Heilungsakt, wo er gefordert wird, nicht als die Heilung selbst angesehen werden, sondern bloss als die Form, in der dieselbe erfolgt oder sogar bloss als eine vom Gesetz vorgeschriebene Begleithandlung. Die Heilung als ein Akt der Rechtssetzung kommt vielmehr immer durch einen der drei genannten Vorgänge zustande, aber sie ist eben eventuell nur rechtsverbindlich, wenn sie in der vom Gesetz verlangten Form vollzogen oder doch wenigstens erhärtet und bestätigt wird.

II. Im geltenden Recht.

Betrachten wir nun die beiden Gesetze, so ergibt sich für das ZGB folgendes Bild. Das ZGB kennt keinen einzigen Fall, wo die Heilung schon von gesetzeswegen, eo ipso, auf Grund des Eintretens gewisser Tatsachen erfolgte.

Wir haben allerdings gesehen, dass gemäss Art. 122 Abs. 3 leg. cit. keine Nichtigerklärung mehr stattfinden kann, sobald bei Doppelehe die frühere Verbindung durch Tod oder Scheidung aufgelöst wurde, wenn wenigstens der nichtbigame Teil guten Glaubens war. Allein nur scheinbar wird hier auf den Eintritt objektiver Tatsachen abgestellt und damit die Folge der Heilung verknüpft. Denn wie aus dem Gesetz deutlich hervorgeht, ist der Eintritt der objektiven Tatsache, d. h. der Wegfall des Hindernisses, an sich für die Ungültigkeit bedeutungslos. Es muss vielmehr ein subjektives Moment a priori vorhanden gewesen sein: der gute Glaube des andern Ehegatten. Der Eintritt der objektiven Tatsache heilt somit die Ungültigkeit nicht, sondern es ist der gute Glaube, der unter gewissen Voraussetzungen — eben beim Eintritt der genannten Tatsache — die Nichtigkeitsklage ausschliesst [1].

Auch in den Fällen des Art. 128 Abs. 2 ZGB tritt keine materielle Heilung ein, sondern es wird lediglich das Klagerecht ausgeschlossen.

---

[1] Ebenso Gmür Ziff. 2 zu Art. 122.

Denn der wegen fehlender Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mangelhafte Konsens wird nicht durch einen vollwertigen ersetzt, sondern es treten Tatsachen ein, die von der Frage der Gültigkeit ganz unabhängig sind [1].

Das Gesetz spricht ja auch weder bei Art. 122 noch bei Art. 128 von Heilung, sondern vielmehr im ersten Fall von «Beschränkung und Ausschluss der Klage», im zweiten Fall von «Klage der Eltern oder des Vormundes». Sogar die Fassung des Textes deutet diese Auffassung an, indem die Nichtig-«Erklärung» ausgeschlossen wird und die Ungültig-«Erklärung» nicht mehr erfolgen darf; d. h. es soll gewissermassen die an sich vorhandene Mangelhaftigkeit nicht mehr festgestellt werden. Dem ZGB ist somit eine Heilung von gesetzeswegen fremd.

Aber auch eine Wandlung der ungültigen Ehe in eine gültige durch behördlichen Gnadenakt ist dem Zivilrecht unbekannt. Keine der materiellen Voraussetzungen der Eheschliessung kann nachträglich durch das Machtwort irgend einer Behörde ersetzt werden. Die formellen Voraussetzungen der Eheschliessung aber sind nicht Gültigkeitsrequisiten, d. h. ihr Fehlen begründet keinen Anspruch auf Ungültigerklärung (Art. 131 ZGB).

Zweifel über das Stattfinden einer Heilung könnten sich aber da erheben, wo eine Ehe nicht vor einem Zivilstandsbeamten geschlossen (Art. 117), aber nachträglich von der Behörde «als gültig» anerkannt wurde [2]. In dieser Anerkennung liegt aber keine Heilung. Denn die Anerkennung beruht dann lediglich auf einer extensiven Interpretation von Art. 131 ZGB, wonach eine vor dem Zivilstandsbeamten geschlossene Ehe nicht für ungültig erklärt werden darf, wegen Missachtung der Formvorschriften. Es fragt sich hier also, was als «vor dem Zivilstandsbeamten geschlossen» zu betrachten sei. Diese Formel gibt den logisch möglichen Rahmen für die Interpretation ab. Was sich nicht damit vereinbaren lässt (z. B. Trauung vor dem Geistlichen) ist rechtlich überhaupt irrelevant [3]. Denn es fällt gar nicht

---

[1] Anders Gmür Ziff. 8 zu Art. 128: Es werde «der Defekt, welcher der Eheschliessung infolge des mangelhaften Konsenses» anhafte geheilt durch Wegfall der Anfechtungsgründe. Dies ist u. E. nicht zutreffend: denn die Ehe ist ungültig wegen des Konsensmangels, nicht wegen der mangelnden Ehefähigkeit. Diese bewirkt nicht die Ungültigkeit, sonst wäre die Ehe eines Eheunfähigen trotz Zustimmung des Vertreters ungültig. (Es müsste auch der Wegfall des Irrtums bezw. der Drohung dann schon heilend wirken).

[2] Was in der Praxis etwa vorkommt, vgl. Gautschi, Rechtswirkungen S. 178 ff.

[3] So auch Tuor S. 132, Gmür Ziff. 2 zu Art. 131.

unter Art. 117 und infolgedessen auch nicht unter Art. 131 [1]. Im übrigen interessiert uns dieser Fall nicht, da wir es nur mit der ungültigen Ehe zu tun haben und nicht mit der Frage der rechtlichen Relevanz tatsächlicher Verhältnisse [2].

Eine Heilung durch privaten Willensakt kommt, wie bereits angedeutet, nur bei den Konsensmängeln in Frage. Denn durch die Vernichtung des materiellen Anspruchs auf Ungültigerklärung wird die Verpflichtung eines Gesetzes in einem bestimmten Fall aufgehoben, eben jenes Gesetzes, das die Eheschliessung unter gewissen Umständen verbietet. Die Verfügung der Heilung bedeutet daher, wie schon gesagt, Rechtssetzung. Und Rechtssetzungfreiheit oder Rechtssetzungsmacht besitzen die Ehegatten nur in dem Sinne, dass sie durch ihren Konsens das Rechtsverhältnis, die Ehe zur Entstehung bringen können [3].

Das ZGB spricht aber nirgends von einer solchen Heilungsmöglichkeit. Zunächst scheinen gewisse Momente eine solche sogar auszuschliessen. Es steht den Parteien allerdings frei, jederzeit durch Setzung eines entsprechenden Willensaktes, die Ehe zu schliessen. Darin erschöpft sich aber, wie wir festgestellt haben, ihre Autonomie und es greifen zwingende Vorschriften platz. Die Parteien können z. B. nicht wiederum durch Setzen eines konträren Willensaktes die Ehe auflösen. Aber auch zur Begründung der Ehe genügt der Konsens an sich nicht, sondern es bedarf der aktiven Teilnahme des Zivilstandsbeamten, um dessen rechtliche Relevanz zu bewirken.

Ein weiteres Moment, das gegen die willkürliche Heilung durch die Ehegatten spricht, ist der Umstand, dass eine nachträgliche Gültigmachung einer ungültigen Ehe eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit bedeutet. Denn das Recht duldet keine unfreiwillige Eheschliessung (Art. 117 ZGB) [4]. Durch die Heilungsmöglichkeit wird aber diesem Grundsatz viel von seiner Kraft entzogen. Es ist daher

---

[1] Falsch wäre es u. E., aus Art. 131 den Umkehrschluss zu ziehen, dass eine nicht vor dem Beamten geschlossene Ehe ungültig erklärt werden könne. Art. 131 bezieht sich lediglich auf die von der Beamtentrauung verschiedenen Formvorschriften (Verkündung etc.) und lässt gar keinen Schluss zu auf die Folgen der fehlenden Beamtentrauung. Diese ergeben sich vielmehr aus Art. 117 ZGB: D. h. es kann nur der Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden. (Dass unter Umständen eine solche Feststellungsklage notwendig sein kann, vgl. Gautschi a. a. O. S. 177).

[2] Wir werden dann allerdings in anderem Zusammenhang doch noch darauf zurückkommen müssen.

[3] Vgl. oben S. 21 und 36 f.

[4] Wie schon oben in anderem Zusammenhang bemerkt wurde, ist bei Konsensfragen eine Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Vertragsrechtes nicht ohne weiteres zulässig.

fraglich, ob eine solche Verfügung über öffentliche Interessen ganz der Willkür der Privaten überlassen werden soll.

Was nun das letztgenannte Bedenken anlangt, so ist zu sagen, dass das ZGB die Rechtssicherheit hinsichtlich der Konsensfreiheit zugunsten der Ehe auf ein Minimum beschränkt. Es wird überhaupt dem Ermessen der Ehegatten anheimgestellt, ob sie die konsenskranke Ehe beseitigen wollen oder nicht. Machen sie von ihrem Klagerecht nicht Gebrauch, so bleibt die Ehe aufrecht. Darin liegt aber noch keine Heilung, sondern bloss ein Verzicht auf die Ausübung des Klagerechtes. Ein solcher Verzicht kann an sich innerhalb der Verjährungsfrist beliebig oft geleistet und widerrufen werden. Nimmt man jedoch an, das ZGB lasse die Heilung durch Genehmigung zu, so ändert sich das. Denn dann ist in einem äusserlich zutagetretenden Verzicht ein der Genehmigung identischer Willensakt zu erblicken, durch den die Ehe vollgültig wird, und ein Widerruf ist ausgeschlossen.

Wenn dies eine vermehrte Gefährdung der Rechtssicherheit bedeutet, so ist die Annahme der Heilungsmöglichkeit trotz des favor matrimonii nicht ohne weiteres zulässig, sondern bedarf einer eingehenden Prüfung. Andernfalls stehen dem favor höchstens private Interessen entgegen und diese fallen gegenüber dem öffentlichen nicht in Betracht (sofern die Heilung dann noch als eine Begünstigung im öffentlichen Interesse gelten kann).

Nun ist aber zu bemerken, dass eine vermehrte Gefährdung der Rechtssicherheit bei Zulassung der Heilung nicht stattfindet. Die Rechtssicherheit ist dann gefährdet, wenn eine Beseitigung der Ehe erschwert oder verunmöglicht wird. Die Beseitigung ist nach Ablauf der Verjährungsfrist von Art. 127 ZGB (6 Monate) ausgeschlossen und damit die Rücksicht auf die Rechtssicherheit endgültig preisgegeben. Innerhalb dieser Zeitspanne aber ist es der Willkür des berechtigten Ehegatten anheimgestellt, ob er im Sinne der Rechtssicherheit handeln, d. h. Klage anheben wolle oder nicht. D. h. der Schutz der Rechtssicherheit ist völlig dem Zufall überlassen, fällt jedoch nach Ablauf der Verjährungsfrist von selbst dahin.

Nicht anders verhält es sich aber, wenn der Ehegatte durch Genehmigung die Ehe heilen kann. Auch dann hängt es von seiner Willkür ab, ob die Rechtssicherheit ihres Schutzes verlustig gehe oder nicht. Denn auch dann kann er eben genehmigen und heilen oder im Sinne der Rechtssicherheit handeln und sein Klagerecht ausüben. Ein Bedenken wegen der Rechtssicherheit kann somit nicht aufkommen [1]. Die Heilungsmöglichkeit darf ohne weiteres als durch

[1] Ganz anders wäre es, wenn das Klagerecht zeitlich unbeschränkt wäre, wie im kanonischen Recht (hierüber unten).

das Gesetz gegeben betrachtet werden [1]. Nur ergibt sich aus dem Umstand, dass sie keine Verdrängung der Rechtssicherheit bedeutet, dass man sie nicht der Ehegunst des Gesetzes zuschreiben darf [2], sondern, weil keine öffentlichen Interessen in Frage kommen, einfach einer Analogie zum allgemeinen Vertragsrecht [3]. Damit wird aber auch die Frage, ob es einer formellen Bestätigung bedürfe, von selbst hinfällig.

Was für die Ehegatten gilt, trifft auch für den gesetzlichen Vertreter zu. Denn wir haben oben festgestellt, dass das Fehlen seiner Zustimmung die Ehe des Handlungsunfähigen auch mit einem Konsensmangel belastet. Auch sein Klagerecht ist zeitlich beschränkt (Art. 128 Abs. 2 ZGB) [4]. Auch er kann innerhalb dieser Schranken frei über seine Ausübung verfügen. Daher kann auch er die Genehmigung der ohne sein Wissen oder gegen seinen Willen geschlossenen Ehe erteilen und sie damit heilen.

Desgleichen kann der nach Art. 122 Abs. 2 gesund gewordene Geisteskranke oder Urteilsunfähige die Ungültigkeit seiner Ehe durch Genehmigung heilen. Dasselbe ist zu sagen vom andern, gesunden Eheteil, wenn er gutgläubig war, d. h. den Zustand seines Partners nicht kannte. Denn in beiden Fällen handelt es sich um Konsensmängel [5].

Der gesunde Teil kann natürlich auch die Ausübung des Klagerechts unterlassen, wenn er bösgläubig war. Allein dann heilt er damit nicht die Ehe von einem Konsensmangel. Denn seinerseits lag

---

[1] Uebrigens geht die Zulässigkeit der Heilung durch Genehmigung auch indirekt aus Art. 127 hervor: Der Gesetzgeber schliesst aus der Nichtanfechtung trotz Kenntnis des Mangels bezw. Wegfalls der Zwangslage auf nachträgliche Genehmigung. (Dabei handelt es sich bei Art. 127 aber nicht etwa um einen Fall gesetzlicher Heilung. Sondern auf Grund der präsumierten Heilung durch privaten Willensakt wird das Klagerecht ausgeschlossen. Vgl. oben S. 69 f.)

[2] Die Zufälligkeit schliesst selbstverständlich eine Vermehrung des Eheschutzes ebenso aus, wie eine Verminderung des Rechtssicherheitsschutzes. Die Rechtsgunst liegt in der Verjährungsfrist.

[3] In diesem Sinn auch BGE 10, 112; Gmür Ziff. 8 zu Art. 127. (A. M. Egger Nr. 2d zu Art. 127).

[4] Es ist wohl kein Fall möglich, wo diese zeitliche Beschränkung nicht platzgriffe. Denn, wenn der nicht ehemündige Ehegatte vor Erreichung des Ehemündigkeitsalters urteilsunfähig wird, so ist er mit Erreichung des Alters trotzdem als ehefähig zu betrachten, weil die intellektuelle Seite der Ehefähigkeit, d. h. die Urteilsfähigkeit (Art. 97 ZGB) zur Zeit der Eheschliessung vorhanden gewesen ist. Und auf diesen Zeitpunkt kann es bei diesem Bestandteil der Ehefähigkeit allein ankommen. War aber die Urteilsfähigkeit überhaupt nie vorhanden, so findet bekanntlich Art. 121 und nicht Art. 128 Anwendung.

[5] Vgl. oben S. 66 f.

kein solcher vor. Er wollte ja die betreffende Ehe eingehen. Trotzdem muss ein solcher Verzicht, wenn er äusserlich kundgetan wird, als unwiderruflich betrachtet werden, weil das Gesetz einerseits hier keinen Unterschied macht zwischen Gut- und Bösgläubigkeit und anderseits durch einen Verzicht die Rechtssicherheit in keiner Weise gefährdet wird: Die Rechtssicherheit fordert in diesem Fall gar keine Beseitigung der Ehe. Das Klagerecht des Bösgläubigen stellt eben, wie wir oben angedeutet haben, eine ausgesprochene Abweichung vom System, eine Besonderheit dar [1].

In allen den soeben genannten Fällen — mit Ausnahme des letzten — ist eine Heilung durch privaten Willensakt möglich [2], erfolgt jedoch nicht als eine vom Gesetz zur Begünstigung der Ehe vorgesehene Massnahme. Das ZGB bedient sich somit keiner materiellrechtlichen Vorschrift, um diese Begünstigung zu verwirklichen, sondern verlagert die Rechtsgunst in das formelle Recht.

Eine hievon gänzlich abweichende Regelung zeigt uns das kanonische Recht. Dieses schliesst bekanntlich nirgends das Klagerecht zugunsten der Ehe aus. Dagegen vernichtet es in zahlreichen Fällen den materiellen Anspruch auf Ungültigerklärung [3].

So lässt es zunächst überall Heilung (Konvalidation) eintreten, wo ein Hindernis von selbst nachträglich verschwindet. D. h. wenn ein Hindernis überhaupt eo ipso dahinfallen kann [4], nachdem die Ehe bereits geschlossen ist, erfolgt die Heilung von Gesetzes wegen. Allerdings nicht ohne weiteres, d. h. nicht ohne dass noch ein bestimmter Akt stattfände. Dieser besteht in der Erneuerung des Konsenses. Und zwar muss dieselbe öffentlich als Quasi-Eheschluss erfolgen, wenn die Ungültigkeit öffentlich bekannt war, kann dagegen privat geschehen, wenn nur die Ehegatten um die Ungültigkeit wussten. Im letztern Fall kann die Erneuerung auch durch blosse konkludente Handlungen zum Ausdruck gebracht werden [5].

Dabei ist zu beachten, dass der Konsens nicht deshalb erneut gegeben werden muss, weil mit der Kenntnis oder sogar dem blossen

---

[1] Bemerkenswert ist vor allem, dass hier ein ausschliesslich privates Interesse gegenüber dem Aufrechterhaltungsinteresse durchzudringen vermag. Denn die Rechtssicherheit fordert keine Beseitigung mehr: einerseits fallen mit der Gesundung des kranken Teils das amtliche Klagerecht und die Popularklage dahin und anderseits ist auch kein Schutz der Konsensehe notwendig, denn beim Bösgläubigen liegt eben kein Konsensmangel vor. Es kann hier vielmehr ausnahmsweise der einmal erteilte Konsens zu rein privaten Zwecken widerrufen und damit die Ehe beseitigt werden.

[2] Die Frage nach den Wirkungen der Heilung erübrigt sich angesichts des Art. 132 ZGB.

[3] C. c. 1133—1141.

[4] Z. B. imp. aetatis, ligaminis, dasparitatis cultus.

[5] Vgl. Linneborn S. 435.

Vorhandensein eines Hindernisses ein gültiger Konsens nicht vereinbar wäre [1]. Sondern das Gesetz bemerkt ausdrücklich, dass es sich dabei nur um eine Vorschrift des positiven Rechts handle (c. 1133 § 2), woraus hervorgeht, dass der früher erteilte Konsens weiterhin gültig, die Heilung von der Erneuerung desselben eigentlich unabhängig ist [2].

Anders als das ZGB lässt das kanonische Recht auch eine Heilung durch behördlichen Willensakt zu. Diese bildet einen Bestandteil des vom CIC vorgesehenen Dispensationssystems [3]. Nachträgliche Dispensation vom Hindernis ist theoretisch bei allen Hindernissen des positiven Rechts möglich [4].

Man könnte sich allerdings fragen, ob die nachträgliche Dispenserteilung in der Gestalt, wie sie der Kodex vorsieht, wirklich als eine Heilung durch «behördlichen Willensakt» zu bezeichnen sei. Ob es sich wirklich um einen besondern Heilungsgrund handelt. Denn die Dispensgewalt steht ausschliesslich der höchsten kirchlichen Autorität, mithin dem Gesetzgeber selbst zu [5]. Der Unterschied zur Heilung von Gesetzes wegen ist in der Tat nur ein formeller. Er besteht darin, dass bei der letzteren die Tatsachen von vorneherein bestimmt sind, deren Eintritt die Heilung bewirkt, während bei der von uns als «behördliche» bezeichneten Heilung dies nicht zutrifft. Es werden zwar auch Tatsachen im Gesetz genannt, aber es wird nicht gesagt, dass dieselben auch die Heilung zur Folge haben. Es wird gleichsam nur angedeutet, dass diese Tatsachen möglicherweise die Heilung bewirken könnten. Aber die praktischen Auswirkungen dieses Unterschiedes machen sich so entschieden geltend, dass man ohne Bedenken von einem besonderen Heilungsgrund sprechen darf: Die mit der Erledigung der Dispensationen betrauten Behörden erscheinen formell als Verwaltungsbehörden, das zu beobachtende Verfahren ist das bei Verwaltungshandlungen übliche etc.; vor allem aber erscheint die Dispensation dann als Willensakt der Verwaltungsbehörden, wenn die Befugnis dazu einer vom Gesetzgeber verschiedenen Behörde delegiert ist (c. 1040).

Bemerkenswert ist aber, dass auch bei dieser Art der Heilung, der Willensakt der Behörde nur dann rechtliche Bedeutung erhält, wenn noch das weitere Moment der Konsenserneuerung hinzutritt [6].

---

[1] Ueber die Erfordernisse des Konsenses vgl. oben S. 22 ff.

[2] Damit wird eine alte Streitfrage beigelegt, vgl. Linneborn S. 434.

[3] C. c. 80 ff., 1040 ff.

[4] Praktisch wird in manchen Fällen nie dispensiert, d. h. die Heilung verweigert, vgl. oben S. 23.

[5] C. 1040.

[6] Die einzige Ausnahme wird gleich unten zu besprechen sein.

Und zwar muss auch hier wieder, je nach den Umständen, der Konsens öffentlich oder bloss privatim erneuert werden.

Auch die dritte Art der Heilung, nämlich durch Willensakt der Ehegatten, ist dem kanonischen Recht geläufig. Selbstverständlich wiederum nur bei Konsensmängeln. Hierbei fällt nun aber die überall vorgeschriebene Heilungshandlung — die Konsenserneuerung — mit dem Heilungsgrund zusammen. Aber diese Heilung hat hier einen ganz anderen Charakter als im Zivilrecht. Während es sich dort um eine blosse analoge Anwendung vertragsrechtlicher Grundsätze handelt, ist hier auch die Heilung durch privaten Willensakt eine Funktion des öffentlichen Interesses, ein Ausfluss der Rechtsgunst. D. h. ihre Zulassung durch das Gesetz bedeutet eine bewusste Verdrängung der Rechtssicherheit zugunsten der Ehe.

Bekanntlich unterliegt das Klagerecht im kanonischen Recht keiner zeitlichen Beschränkung [1]. Dies aus Gründen der Rechtssicherheit. Desgleichen besteht der Rechtssicherheit wegen ein amtliches Verfolgungsrecht, wenn die Ungültigkeit öffentlich bekannt wird [2]. Der berechtigte Ehegatte kann allerdings auf die Ausübung seines Klagerechts ohne weiteres verzichten. Es bleibt dann aber immer noch das amtliche Klagerecht und damit zeitlich unbeschränkt die Möglichkeit einer Beseitigung der rechtswidrig geschlossenen Ehe.

Dieser Schutz der Rechtssicherheit wird aber dadurch illusorisch, dass nachträglich der Anspruch auf Ungültigerklärung vernichtet wird. Die Ehe erfährt dagegen durch diese Möglichkeit nachträglicher Heilung eine Begünstigung, weil damit eben ein Mittel geschaffen ist, ihre Beseitigung zu verhindern.

Weil es sich bei dieser Heilung durch Konsenserneuerung nicht bloss um den Verzicht auf ein subjektives Recht handelt, sondern dadurch öffentliche Interessen berührt werden, so genügt auch eine bloss stillschweigende Bestätigung nicht, sondern es muss dieselbe in bestimmter, gesetzlich vorgeschriebener Form geäussert werden (c. 1136 § 3). Eine Ausnahme gilt natürlich dann, wenn der Konsensmangel überhaupt nie äusserlich zutagegetreten ist (ebenda § 2).

Wir haben gesehen, dass auch bei den zwei andern Heilungsarten eine Konsenserneuerung erforderlich ist, dass der Grund hiefür jedoch nicht in der Unvereinbarkeit eines gültigen Konsenses mit einem Hindernis liegt. Welche Rolle der Konsens in diesen beiden Fällen spielt, ist hier noch etwas näher zu untersuchen.

In der Ausübung des Klagerechts seitens eines Ehegatten liegt immer ein Widerruf des Konsenses. Daraus erhellt, dass solange das

---

[1] Vgl. oben S. 74.

[2] Vgl. oben S. 73.

Klagerecht besteht, der Konsens jederzeit widerrufen werden kann. Da nun mit dieser Möglichkeit immer zu rechnen ist, wenn die Ehegatten um die Ungültigkeit wussten, so verlangt das Gesetz sowohl bei der Heilung von Gesetzes wegen als auch bei der Heilung durch Dispens eine Erneuerung bezw. Bestätigung des Konsenses. Denn das kanonische Recht kann eine Heilung nur gewähren, wo das göttlichrechtliche Essentiale, der Konsens, vorhanden ist. So z. B. fällt das impedimentum aetatis infolge Zeitablaufs von selbst dahin. Besassen die Nupturienten zur Zeit der Eheschliessung die für einen gültigen Konsens erforderliche Erkenntnis, so kann das Gesetz mit dem Dahinfallen des Hindernisses die Vernichtung des Anspruchs auf Ungültigerklärung verbinden. Fehlte jedoch die nötige Erkenntnis, so würde trotz des Untergangs des Anspruchs die Ehe gegen das ius divinum verstossen. Der Gefahr eines solchen Verstosses wird durch das Erfordernis der Konsenserneuerung gesteuert. Dies ist aber der einzige Zweck der Konsenserneuerung bei der gesetzlichen und amtlichen Heilung. Die in einigen Fällen vorgeschriebene Publizität der Handlung hat lediglich den Sinn einer Beseitigung des durch die ungültige Ehe geschaffenen Aergernisses [1].

Da die Heilung somit an sich unabhängig ist von der Konsenserneuerung, sieht das Gesetz noch eine besondere Art amtlicher Heilung vor, bei welcher die Erneuerung nicht stattzufinden braucht, die sogenannte s a n a t i o i n r a d i c e [2]. Es handelt sich dabei um eine ausserordentliche Massnahme, die nur beim Vorliegen wichtiger Gründe getroffen werden darf, und die sich dadurch charakterisiert, dass uno actu sowohl vom Hindernis als auch von der Konsenserneuerung dispensiert wird. Das Institut ist von grosser Tragweite. Einerseits können damit Ehen geheilt werden, von deren Ungültigkeit die Ehegatten überhaupt nichts wussten, und anderseits wird damit die im Zivilrecht Schwierigkeiten bereitende Nichtehe aus Formmangel [3] vermieden. D. h. eine nicht vor dem Priester und zwei Zeugen geschlossene Ehe (c. 1094 ff.) ist nicht rechtlich irrelevant, sondern bloss ungültig und kann, wenn ein consensus maritalis nachgewiesen ist, unter Umständen geheilt werden (c. 1139 § 1).

---

[1] Die Kirche erleichtert die Konsenserneuerung noch nach verschiedenen Richtungen hin. So muss der Konsens nur von demjenigen erneuert werden, der um die Ungültigkeit wusste, beim andern Teil wird die Fortdauer des Konsenses vermutet etc. Vgl. Linneborn S. 435, Sägmüller II S. 215 ff.

[2] C. c. 1138—1141.

[3] Vgl. oben S. 107 f.

Das Vorhandensein, bezw. die Fortdauer des Konsenses ist jedoch, dem oben Ausgeführten zufolge, notwendige Voraussetzung für die Sanation. Dieselbe kann ohne Konsens nicht gewährt werden [1].

§ 17. Nachwirkungen der Rechtsgunst im materiellen Recht

Nicht anders als im formellen Recht scheinen [2] sich auch im materiellen Recht Normen zu finden, die eine Nachwirkung der Rechtsgunst darstellen. Wenn nämlich in beiden Rechten der ungültigen Ehe die Wirkungen einer gültigen zuerkannt werden (im kanonischen Recht allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen), so stellt dies im Verhältnis zu andern Verträgen eine Privilegierung des Ehekontrakts dar. Denn normalerweise ist ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht imstande, irgendwelche Wirkungen zu äussern.

Nun muss aber zunächst allgemein festgestellt werden, dass zwischen der Ehe und andern Rechtsgeschäften insofern ein grundlegender Unterschied besteht, als sich die einmal eingetretenen tatsächlichen Wirkungen der rechtlich nicht sanktionierten Verbindung weder rückgängig machen noch mit Geld kompensieren lassen, während dies bei allen andern Rechtsgeschäften der Fall ist.

Hieraus folgt aber, dass der Gesetzgeber wegen dieses grundlegenden Unterschieds dazu gedrängt wird, hinsichtlich der Rechtswirkungen bei der ungültigen Ehe eine vom allgemeinen Grundsatz abweichende Regelung zu treffen.

Des weitern ist zu sagen, dass durch die Ungültigerklärung der Ehe, Personen betroffen werden können, die für den verbotenen Eheschluss nicht verantwortlich sind; sei es dass einer oder beide Ehegatten um das Verbot nicht wussten und nicht wissen konnten, sei es dass aus der ungültigen Ehe Kinder hervorgegangen sind. Und zwar findet — wiederum infolge der besonderen Natur der Ehe — durch die Ungültigerklärung ein Eingriff in die gesamte Rechtsstellung der betreffenden Personen statt und nicht bloss ein solcher in die ver-

---

[1] Auch hinsichtlich der Wirkungen ist die Sanation radikaler als die einfache Konvalidation: Während letztere nur für die Zukunft wirkt (c. 1133) so hat die Sanation rückwirkende Kraft (c. 1138 § 2). Doch handelt es sich hierbei nicht um eine im eigentlichen Sinn ehegünstige Bestimmung, da sie mit der Erschwerung der Annullierung ja an sich nichts zu tun hat.

[2] Dass es sich nur scheinbar um Nachwirkungen handeln kann, lässt sich beim Zivilrecht eigentlich schon aus dem Umstand schliessen, dass dieses die Rechtsgunst im formellen und nicht im materiellen Recht verwirklicht: Indirekt ehegünstige Bestimmungen (d. h. eben Nachwirkungen) im materiellen Recht würden mithin eine Abweichung vom System bedeuten. Immerhin ist es ja nicht unmöglich, dass das Gesetz trotzdem materiell-rechtliche Bestimmungen aufstellt, die ihre Voraussetzung in der allgemeinen, grundsätzlichen Ehegunst haben. Dies ist noch zu untersuchen.

mögensrechtlichen Verhältnisse. Es liegt daher nahe, diese Folgen in dem Sinne zu mildern, dass die ungültige Ehe hinsichtlich der Rechtswirkungen eine Annäherung oder sogar Gleichstellung mit der gültigen erfährt.

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Billigkeit eine Gleichstellung nahelegt. Die Billigkeit ist aber auch der einzige Grund, der diese Massnahme verlangt. Jedenfalls setzen die betreffenden Bestimmungen die Rechtsgunst, welche die Ehe geniesst, nicht voraus. Auch wenn die Oeffentlichkeit überhaupt kein Interesse an der Ehe nähme, wäre die Verleihung von Rechtswirkungen an die ungültige Ehe nicht nur denkbar, sondern sogar wahrscheinlich, weil diese eben infolge der besonderen Natur der Ehe als ein Gebot der Billigkeit erschiene. D. h. auch wenn die Ehe vom Gesetz als gewöhnlicher Kontrakt behandelt würde, über dessen Bestand oder Nichtbestand, über dessen Bedingtheit oder Unbedingtheit etc., die Parteien völlig frei zu verfügen berechtigt wären, so könnten dennoch die besonderen Wirkungen des tatsächlichen Verhältnisses nicht ausser acht gelassen werden, und forderte die Billigkeit die erwähnte Regelung [1]. Diese ist eben durch die Natur der Ehe bedingt und bedarf keiner Unterstützung durch ein öffentliches Interesse an der Ehe.

Einer solchen Unterstützung bedarf sie auch nicht gegenüber dem Rechtssicherheitsinteresse. Es handelt sich allerdings um eine Massnahme der Billigkeit und somit um den Schutz privater Interessen. Allein das Rechtssicherheitsinteresse steht ihr gar nicht entgegen. Denn, wie wir bereits beim formellen Recht angedeutet haben, wird mit der Auflösung oder Beseitigung der ungültigen Ehe das Rechtssicherheitsinteresse gegenstandslos. Dieses könnte allerdings gewisse Nachwirkungen hervorbringen, die dann, weil sie ihre Voraussetzung in einem öffentlichen Interesse hätten, den privaten Interessen vorgehen müssten. Aber wir können nur feststellen, dass weder das kanonische Recht noch das ZGB Bestimmungen aufweisen, die sich als solche Nachwirkungen des Rechtssicherheitsinteresses ansprechen liessen. Daher bedarf es an sich keines andern öffentlichen Interesses, um die Verleihung von Rechtswirkungen an die ungültige Ehe zu begründen. Es genügt hiezu vollkommen, dass die billige Rücksicht auf die Privatinteressen eine solche erfordere.

Wir kommen also zum Schluss, dass der Zweck der genannten Massnahme nicht eine indirekte Begünstigung der Ehe — als Gegenstand des öffentlichen Interesses — ist, sondern, dass sie eine Rechtswohltat darstellt, die den beteiligten Privaten aus Billigkeits-

---

[1] Daher finden sich bereits Spuren davon im römischen Recht. Vgl. D. 23. 2. 57. 1.

gründen gewährt wird. Es verbleibt uns noch, in den einzelnen gesetzlichen Regelungen die Bestätigung dieser Annahme zu suchen.

Die hierbei in Betracht fallenden Bestimmungen des ZGB ergeben folgendes Bild [1]. Die ungültige Ehe äussert bis zur Ungültigerklärung durch den Richter alle Wirkungen einer gültigen Ehe mit der einzigen Ausnahme, dass die Ehefrau, wenn sie bösen Glaubens war, den durch die (ungültige) Ehe erworbenen Personenstand mit der Ungültigerklärung wieder verliert.

Für die Kinder spielt somit der gute oder böse Glaube der Ehegatten keine Rolle. Der Sinn ist der, dass die Kinder nicht die verbotswidrige Handlung der Eltern entgelten sollen. Dies ist an sich ein Gebot der Billigkeit. Dennoch scheint es zweifelhaft, ob mit der Billigkeit allein auszukommen ist.

Bekanntlich ist die Stellung ausserehelicher Kinder nach den Bestimmungen des ZGB weniger günstig als diejenige ehelicher Nachkommen [2]. Es können aber diese Kinder ebensowenig für ihre illegitime Abstammung verantwortlich gemacht werden, wie die Kinder aus ungültigen Ehen. Das Gesetz scheint hier, wenn es diesen Umstand nicht berücksichtigt, weniger als bei der ungültigen Ehe auf eine billige Lösung bedacht zu sein. Dies legt den Schluss nahe, dass bei der letzteren noch ein anderes Motiv als bloss die Billigkeit mitgewirkt habe, wenn den Kindern unbesehen des guten oder bösen Glaubens der Eltern die Folgen der Rechtswidrigkeit nicht aufgebürdet werden. Und es könnte dieses Motiv allerdings in einer Nachwirkung der Ehegunst gesucht werden.

Allein wir sind anderer Meinung.

Die Rechtsstellung ehelicher Kinder ist eine spezifische Rechtswirkung der Ehe. Wo keine Ehe vorhanden ist, tritt diese Wirkung also nicht ein. D. h. aus einem rein tatsächlichen, rechtlich irrelevanten Verhältnis, kann für die Kinder niemals dieselbe Rechtsstellung resultieren. Darin liegt für die Kinder eine Härte, die sich aber nicht vermeiden lässt, wenn man das ausserrechtliche Verhältnis vom rechtserheblichen unterscheiden will.

Nun können aber die Parteien nach ZGB eine Ehe, d. h. ein rechtlich relevantes Verhältnis, nicht begründen, ohne Mitwirkung des Staates. Wenn die Willensäusserung nicht vor dem Zivilstandsbeamten erfolgt ist, so ist kein Ehewille vorhanden. Es wird dann eine Erklärung abgegeben, die vom Recht überhaupt nicht erfasst wird. Man würde kaum zu weit gehen, wenn man sagte, die Absicht, sich vor dem Beamten trauen zu lassen, bilde einen immanenten Be-

---

[1] Art. 132 Abs. 2, 133 Abs. 1, 134 Abs. 1.

[2] Art. 302 ff., 46 f. Vgl. Tuor S. 220 ff., 294 f.

standtteil des Ehekonsenses. Denn die nicht vom Beamten promulgierte Erklärung ist rechtlich nichts. Die vor dem Beamten zustandegekommene Verbindung dagegen ist entweder eine gültige oder eine ungültige Ehe, aber jedenfalls eine rechtserhebliche Tatsache.

Der Gesetzgeber stellt somit hinsichtlich der rechtlichen Relevanz eines tatsächlichen Verhältnisses nicht auf das subjektive Moment der Willenserklärung ab, sondern vielmehr auf das objektive Moment der staatlichen Mitwirkung [1]. Daher hilft es dem Kontrahenten auch nichts, wenn sie sich im guten Glauben befinden, eine Ehe zu schliessen: ihre Verbindung bleibt auch dann ein matrimonium non extistens, sofern nicht der Staat mitgewirkt hat.

Wenn der Staat dergestalt die rechtliche Relevanz des tatsächlichen Verhältnisses vom objektiven Moment seiner Mitwirkung abhängen lässt, ohne Rücksicht auf den Willen und den guten Glauben der Parteien, so übernimmt er damit auch allein die Verantwortung für die Rechtsgültigkeit oder Rechtswidrigkeit dieses Verhältnisses. Er muss dann konsequenterweise auch in dieser Richtung vom subjektiven Moment absehen. Daher kann aber auch der gute oder böse Glaube der Parteien nicht massgebend sein für die Verleihung von Rechtswirkungen an die ungültige Ehe [2].

Vielmehr wird diese stattfinden, weil sie ein Gebot der Billigkeit ist und kein Grund vorhanden, nicht der Billigkeit gemäss zu legiferieren. Als Grund für eine Preisgabe der Billigkeit käme nämlich nur die Gefahr eines Missbrauchs dieser Rechtswohltat in Betracht. Und diese Gefahr wird eben durch das absolute Erfordernis der staatlichen Mitwirkung reduziert.

Wir gewinnen somit folgendes Resultat. Weil der Staat allein verantwortlich ist für die Gültigkeit oder Ungültigkeit, so kann im Falle der Ungültigkeit die billigste Regelung stattfinden, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben der Ehegatten. Oder anders ausgedrückt: Massgebend für die Verleihung von Rechtswirkungen ist ausschliesslich die Billigkeit, sofern die Voraussetzung der staatlichen Mitwirkung erfüllt ist [3].

Man kann daher nicht sagen, es spiele bei der Verleihung von Rechtswirkungen bezüglich der Kinder an ungültige Ehen ausser der Billigkeit noch ein weiteres Motiv eine Rolle. Nur kann hier die Bil-

---

[1] Was jedoch nichts daran ändert, dass für die Begründung der Ehe an sich der Ehewille das konstitutive Moment bildet.

[2] Weil dies übersehen wird, ist die Bestimmung vielfach ungünstiger Kritik ausgesetzt. Vgl. z. B. Fischer S. 104 ff. bezüglich der analogen Regelung in Art. 55 ZivStG.

[3] Anderseits ist eine Ausdehnung der Rechtswohltat auf nicht vor dem Beamten eingegangene Verbindung ausgeschlossen.

ligkeit unbeschränkt platzgreifen, während dies bei ausserehelichen Kindern nicht der Fall ist, weil dort eben die Notwendigkeit eines Unterschieds zwischen dem rein tatsächlichen und dem rechtlich relevanten Verhältnis die billigste Lösung ausschliesst. Es fehlt eben die Voraussetzung für das Platzgreifen der Billigkeit: die staatliche Konstatierung einer Willenserklärung.

Dagegen kann wegen der staatlichen Verantwortlichkeit bei der ungültigen Ehe durchwegs das angeordnet werden, was billig ist. Billig ist, dass die Kinder nicht die Rechtswidrigkeit der elterlichen Ehe entgelten müssen und zwar weder bei gutem noch bei bösem Glauben der Eltern. Billig ist es, dass die gutgläubige Ehefrau den erworbenen Personenstand behält, obwohl die Ehe ungültig ist; denn der gutgläubige Erwerb wird grundsätzlich immer geschützt. Durchaus der aequitas entspricht es aber auch, dass sie in diesem Erwerbe nicht geschützt wird, wenn sie bösgläubig ist [1]. Es ist zu beachten, dass hier der gute oder böse Glaube zwar wohl berücksichtigt wird, aber nicht zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die billigste Lösung platzgreifen dürfe [2], sondern lediglich zur Beantwortung der Frage, was hier im speziellen Fall die billigste Lösung sei.

Wir können also, zur Ausgangsfrage zurückkehrend, sagen: Der einzige Beweggrund für die Verleihung von Rechtswirkungen an die ungültige Ehe ist die Billigkeit. Die betreffenden Bestimmungen des ZGB stellen keine Nachwirkung des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung der Ehe dar [3].

Das kanonische Recht lässt bei der ungültigen Ehe die Wirkungen einer gültigen dann eintreten, wenn mindestens ein Ehegatte

---

[1] Bei Drohung kann selbstverständlich der gute Glaube nicht gefordert werden.

[2] Denn dafür ist allein die staatliche Mitwirkung massgebend.

[3] Ebenso BGE 53 I 46, wenn bezüglich der Ehefrau gesagt wird: « . . das Zivilgesetzbuch geht davon aus, dass die Folge der Ungültigkeit einer Ehe an und für sich das Wiederaufleben des früheren Bürgerrechts der Ehefrau wäre und die Beibehaltung des durch die Ehe erworbenen Bürgerrechts im allgemeinen einen der gutgläubigen Ehefrau in ihrem und der Kinder Interesse gewährten Vorteil bilde». (Dagegen wird in BGE 60 II 78 zwar festgestellt, dass Art. 132 Abs. 2 ZGB nicht um der öffentlichen Ordnung und Sicherheit willen gelte, jedoch mit der — unseres Erachtens ungenauen — Begründung, die Bestimmung erkläre sich «par la grande faveur que le législateur a accordé aux unions légitimes où réputées légitimes». Wir erwähnen noch einmal, dass zu unterscheiden ist, zwischen Bestimmungen, die ihren Ursprung dem favor matrimonii im eigentlichen Sinn verdanken und Bestimmungen, die zwar der Ehe eine Sonderstellung gegenüber andern Verträgen einräumen, deren Grund aber nicht im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung — und Bewahrung der durch die Ehe verkörperten Werte — zu suchen ist.)

gutgläubig war [1]. Auch bei dieser Regelung könnten sich Zweifel erheben, ob die Billigkeit allein wegleitend war [2]. Denn es ergibt sich wiederum ein Unterschied in der Behandlung der Kinder. Wenn zwischen den Eltern überhaupt keine Ehe bestand, oder wenn zwar eine Ehe bestand, aber beide Elternteile deren Ungültigkeit kannten, so sind die Kinder schlechter gestellt, als wenn sie einer gültigen Ehe entstammen oder einer ungültigen Ehe, bei der wenigstens ein Elternteil gutgläubig war.

Das Problem ist genau dasselbe wie im Zivilrecht. Auch der CIC kann die ausserehelichen Kinder den ehelichen nicht gleichstellen, wenn er nicht einen wesentlichen Zweck der Ehe illusorisch machen will. Die Rechtsstellung ehelicher Kinder muss eine spezifische Rechtswtrkung der Ehe bleiben, trotz der daraus resultierenden Unbilligkeit für die ausserehelichen Kinder. Es handelt sich aber darum, diese Härte, wo sie nicht unumgänglich notwendig ist, zu mildern. Und als Kriterium hiefür wählt nun das kanonische Recht im Gegensatz zum ZGB den guten Glauben eines Ehegatten.

Wenn wenigstens ein Ehegatte sich in dem entschuldbaren Irrtum befand, er schliesse eine gültige Ehe, so genügt dies, um die Billigkeit platzgreifen zu lassen und der ungültigen Ehe die Rechtswirkungen der gültigen zu verleihen (wenigstens mit Bezug auf den gutgläubigen Teil und die Kinder). Denn das Erfordernis des guten Glaubens bildet den Garanten dafür, dass diese Rechtswohltat nicht missbraucht werde.

Die Abweichung vom ZGB in der Wahl des Entscheidungsmittels erklärt sich daraus, dass das kanonische Recht bedeutend mehr Gewicht auf den göttlichrechtlichen Ehekonsens als auf die positivrechtliche Vorschrift der kirchlichen Mitwirkung beim Eheschluss legen muss. Der CIC kennt das matrimonium non existens wegen Formmangels nicht. Die Ehegatten können zwar nicht ohne Mitwirkung der Kirche eine gültige Ehe eingehen, sie schliessen aber ohne diese Mitwirkung dennoch eine rechtlich relevante, wenn auch ungültige Ehe (die auch heilbar ist [3]). Es ist daher klar, dass das kanonische Recht als Kriterium für das Platzgreifen der Billigkeit nicht das objektive Moment der kirchlichen Mitwirkung wählen kann, sondern auf das subjektive Moment des guten Glaubens abstellen muss [4]. Aber

---

[1] C. 1015 § 4.

[2] Daher greift Fischer S. 89 auf die Rechtsgunst zurück.

[3] Vgl. oben S. 114 f.

[4] Unrichtig ist daher u. E. die Auffassung, dass zum Eintritt von Rechtswirkungen noch die Beobachtung der kirchlichen Eheschliessungsform notwendig sei (so z. B. Linneborn S. 398). Denn einerseits würde man damit die Nichtehe wegen Formmangels einführen, wodurch eine unheilbare Dis-

auch hier ist es ausschliesslich die Billigkeit, welche die Verleihung von Rechtswirkungen an die ungültige Ehe verlangt.

Zusammenfassend können wir sagen: Die Verleihung von Rechtswirkungen an ungültige Ehen, stellt keine indirekte Begünstigung der Ehe dar. Diese Massnahme bezieht sich allerdings auf die durch eine konkrete Verbindung geschaffenen Rechtsverhältnisse. Aber sie setzt nicht die gesetzliche Ehegunst voraus, sondern sie erfolgt ausschliesslich der Billigkeit wegen [1]. Es gibt daher im materiellen Recht keine Nachwirkungen des favor matrimonii [2].

§ 18. Schlussbetrachtung zum materiellen Recht

Unsere Untersuchungen des materiellen Rechts ergaben beim ZGB ein vollständig negatives Resultat. Das ZGB begünstigt die Ehe nirgends durch nachträgliche Vernichtung des materiellen Anspruchs auf Ungültigerklärung. Es kennt zwar eine Heilung von Konsensmängeln durch Genehmigung, aber da dieselbe nur innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des Klagerechts möglich ist, lässt sie sich nicht als wegen des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung gegeben betrachten. Dieses Interesse wird eben durch die Verjährungsfrist geschützt.

Im Gegensatz dazu macht das kanonische Recht von der Heilung zugunsten der Ehe weitgehendsten Gebrauch. Es bildet dies das Gegenstück zur zeitlichen Unbeschränktheit des Klagerechts. Das Klagerecht einzuschränken, wäre, wie wir gesehen haben, im kanonischen Recht untunlich. Ueberhaupt geht es nicht an, durch prozessualische Vorschriften die Beseitigung der ungültigen Ehe zu verunmöglichen.

---

krepanz mit c. 1139 § 1 (Sanation bei Formmängeln) entstünde und anderseits wäre nicht recht verständlich, warum dann noch der gute Glaube eines (nicht etwa beider!) Ehegatten notwendig wäre (auch Knecht S. 72 und die dort Zitierten betrachten den guten Glauben als das ausschliessliche Erfordernis für den Eintritt der Rechtswirkungen).

[1] Bei der Interpretation der diesbezüglichen Bestimmungen ist daher nicht auf die Rechtsgunst zurückzugreifen, sondern sie hat einzig unter dem Gesichtswinkel der Billigkeit zu erfolgen. Es ist dies deshalb beachtlich, weil die Rechtsgunst eine Funktion des öffentlichen Interesses darstellt und daher durchaus nicht immer der billigsten Lösung ruft. Dieses öffentliche Interesse besteht nun aber dem Ausgeführten zufolge nicht mehr, sodass die Billigkeit ungehemmt platzgreifen kann (ähnlich, wenn auch nicht CIC und ZGB betreffend, Thiesing S. 46 ff).

[2] Ob andere öffentliche Interessen die volle Entfaltung der Billigkeit behindern, ist hier nicht zu untersuchen (eine Behinderung der Billigkeit wäre auch dann gegeben, wenn das öffentliche Interesse mit dem privaten parallel liefe: denn das Privatinteresse dürfte dann eben nur solange geschützt werden, als diese Parallelität bestünde. Jedes öffentliche Interesse beschränkt in gewissem Sinn den Schutz der Privatinteressen).

Dagegen bildet die Heilung ein bequemes Mittel, um dieses Ziel ohne Verstoss gegen das ius divinum zu verwirklichen. Dies einerseits dadurch, dass die Heilung nur eintritt, wenn es sich um Hindernisse des positiven Rechts handelt, oder wenn dieselben von selbst dahinfallen; und anderseits dadurch, dass das Gesetz bei Vorliegen eines Heilungsgrundes noch einen Heilungsakt seitens der Parteien verlangt, in der Gestalt der Konsenserneuerung.

Auf diese Weise wird eine genaue Regulierung des favor matrimonii erreicht, was mit prozessualischen Mitteln (Klageverjährung etc.) vielleicht im gleichen Masse nicht möglich wäre. Das Zivilrecht, welches die Rechtsgunst ganz ins formelle Recht verlagert, nimmt bekanntlich unter Umständen auch eine konsenslose Ehe in Kauf. Der zivile Gesetzgeber ist eben nicht an Rücksichten irgendwelcher Art gebunden, sondern verfügt, wie bereits mehrfach erwähnt wurde, völlig frei über die öffentlichen Interessen. Der kirchliche Gesetzgeber darf der Ehe die Rechtsgunst nur da zuwenden, wo kein Konflikt mit dem ius divinum zu befürchten ist, muss aber anderseits die Ehe begünstigen, weil event. gerade das göttliche Recht dies erheischt.

Wo daher ohne grössere Gefahr für die Stabilität der Rechtsordnung die Annullierung wegen positivrechtlicher Hindernisse unterbleiben kann, fordert schon die Sakramentalität der Ehe, der Grundsatz divini iuris der Unauflöslichkeit, dass der positivrechtliche Anspruch auf Ungültigerklärung preisgegeben werde.

Rekapitulation

Wir können die gewonnenen Resultate in ihren Grundzügen folgendermassen zusammenfassen.

1. Sowohl im kanonischen wie im zivilen Recht bildet der Grundsatz der möglichsten Aufrechterhaltung der Ehe eine Funktion des öffentlichen Interesses und ist daher bei der Interpretation des Gesetzes schlechthin immer zu berücksichtigen.
2. Die gesetzliche Verwirklichung des Grundsatzes führt notwendig zu einem Konflikt mit dem öffentlichen Interesse an der Durchführung des richtigen Rechts.
3. Das Zivilrecht verwirklicht die Rechtsgunst bei der ungültigen Ehe durchwegs durch die Aufstellung prozessualischer Normen, sei es, dass diese die Geltendmachung des Anspruchs auf Ungültigerklärung erschweren, oder dass sie die Geltendmachung gänzlich verunmöglichen.

4. Das kanonische Recht kennt zwar auch prozessualische Erschwerungen für die Geltendmachung des Anspruchs auf Ungültigerklärung, vermeidet jedoch mit Rücksicht auf das ius divinum deren gänzliche Verhinderung. — Dagegen vernichtet es den materiellen Anspruch, wenn dieser auf positivem Rechte beruht und damit nicht die Stabilität der Rechtsordnung gefährdet wird. Ferner lässt es Heilung eintreten, wenn ein auf dem ius divinum beruhendes Hindernis von selbst hinwegfällt. Es verlangt aber, wiederum mit Rücksicht auf das göttliche Recht, in beiden Fällen eine Erneuerung des Konsenses.

5. Beide Rechte weisen prozessualische Bestimmungen auf, die ihre Voraussetzung in der Rechtsgunst haben, deren Wirkung jedoch über die Existenz der Ehe hinausreicht und die daher als blosse Nachwirkungen der Ehegunst anzusprechen sind.